



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - FDUL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS:
DIREITO CONSTITUCIONAL

ATOS POLÍTICOS NO BRASIL: uma perspectiva de controle e limites jurídicos

TIAGO DE OLIVEIRA MELGAÇO

LISBOA

2017

TIAGO DE OLIVEIRA MELGAÇO

ATOS POLÍTICOS NO BRASIL: uma perspectiva de controle e limites jurídicos

Dissertação apresentada à conclusão do curso de Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas – Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito na área de Direito Constitucional.

***Prof. Orientador: Dr. Miguel Chaves
Ribeiro Assis Raimundo***

LISBOA

2017

AGRADECIMENTOS

Permito-me, neste espaço, acentuar minha sincera gratidão a todos aqueles que, de algum modo, intervieram nesse processo de gestação e concepção deste trabalho monográfico, certo de que as palavras cravadas nesta resma serão incapazes de refletir a verdade com a fidelidade que merecem.

Sem mais alongar, agradeço a Deus, em quem confio, por ter podido galgar mais um passo na trajetória de desígnios que me tem sido confiados.

À minha família, agradeço-lhes na pessoa da minha guerreira mãe, Rosângela Melgaço, que nunca poupou esforços para me guiar no caminho da felicidade, sabedoria e retidão.

À Marcela Carvalho, a quem me faltam palavras de gratidão, agradeço-lhe pela comunhão de vida, por caminhar ao meu lado, pela irrestrita disponibilidade, pela sua abnegação e, sobretudo, por contribuir, a todo instante, para que eu seja uma pessoa melhor. Agradeço-lhe pelo ombro amigo, pelas palavras de incentivo e pela cumplicidade, fatores imprescindíveis para que eu chegasse até aqui.

Agradeço ao professor Dr. Miguel Raimundo, com a distinção que lhe deva ser reputada, por despertar em mim a inquietação acadêmica, a postura questionadora e o ímpeto crítico, não só em decorrência das aulas proferidas por ocasião do 1º ciclo do mestrado, como também pelas oportunidades em que se dispôs à, de modo muito respeitoso, orientar o presente estudo com as ponderações sempre pertinentes, além de oferecer soluções às indagações que me afligiam.

Aos amigos e colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, meu agradecimento por proporcionarem um ambiente de integração, propício à expansão do conhecimento, durante a estada em Lisboa.

Não poderia deixar de mencionar, em separado, o meu amigo Dalvan Alílio, com quem tive a honra de compartilhar inesquecíveis discussões jurídicas e filosóficas, as quais, para além de contribuírem com os estudos acadêmicos, serviram-me como ensinamentos de vida.

Agradeço ao amigo Ramsés Dutra, meu conterrâneo, pelo caráter sincero, pela simplicidade, pela generosidade e apoio prestados em momentos decisivos.

Agradeço, por fim, aos colegas de profissão, do escritório Rodrigues Dias & Rodrigues Dias e dos servidores da Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais do Estado de Minas Gerais, pela relação proveitosa e conhecimentos adquiridos por força das experiências compartilhadas.

RESUMO

O trabalho tem por objetivo trazer referências para controle e limites jurídicos aos atos políticos, na perspectiva do direito brasileiro. O estudo que ora se formula tem como paradigma o Estado Democrático de Direito e a sua inserção nas constituições ocidentais. Essa vinculação prévia estabelece um norte para uma compreensão adequada dos atos políticos. Não obstante, cabe informar que esse instituto tem sido marcado pelas diversas concepções formuladas pela doutrina, pela lei e pela jurisprudência. Isto se deve ao fato de que o sistema jurídico e o sistema político de cada Estado possuem características específicas. Assim, pode-se dizer que as Constituições incorporam o fenômeno do político e inserem em seu corpo as normas nucleares, como as que dizem respeito à estrutura, à organização e a distribuição de competências aos órgãos de soberania do Estado, as quais revelam o conteúdo do princípio da separação de poderes. Desse modo, cada Constituição define as suas normas de maneira particular, sendo o sistema de governo uma de suas opções marcantes e também uma causa influente na compreensão dos atos políticos. Levando-se em conta essa causa, entendeu-se por bem retratar como alguns Estados lidam ou lidaram com o instituto para, posteriormente, chegar à um conceito de ato político. Dessa tarefa, foi possível conceber o conceito de ato político como ato praticado no exercício da função política e, a partir disso, fornecer um apanhado sobre como o sistema jurídico brasileiro tem encarado o tema. A preocupação em proceder a essa análise particularizada se deu em função da existência de decisões judiciais que negam o exercício do controle jurisdicional dos atos políticos. O resultado da investigação, no cenário brasileiro, permitiu constatar que não há tratamento sistemático nem uniformidade conceitual quanto aos atos políticos. Também se pôde notar que o Supremo Tribunal Federal é a instância de poder que mais tem contribuído com a discussão dos atos políticos e o regime jurídico que a eles deve ser aplicado. No entanto, existindo ou não um conceito satisfatório de ato político, o Poder Judiciário não pode deixar de apreciá-lo, quando provocado, ao fundamento de que atos de natureza política não são judicializáveis. A recusa implica, sobretudo, a própria quebra do Estado de Direito e a não observância do princípio da supremacia da Constituição. Ademais, viola princípios constitucionais garantistas como o princípio do acesso à justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Quanto à tutela efetiva, por mais que haja um déficit processual, o Tribunal deve preservar os direitos, liberdades e

garantias constitucionais, uma vez que representam o parâmetro de validade dos atos políticos.

Palavras-Chave: Atos políticos – Jurisdição – Tutela – Limites – Estado de Direito – Constituição

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo buscar referentes para el control y los límites jurídicos a los actos políticos, en la perspectiva del derecho brasileño. El estudio que ahora se formula tiene como paradigma el Estado Democrático del Derecho y a su inserción en las constituciones occidentales. Esta vinculación previa establece un norte para la comprensión adecuada de los actos políticos. No obstante, se debe informar que ese instituto ha sido marcado por las diferentes concepciones formuladas por la doctrina, por la ley y por la jurisprudencia. Esto se debe al hecho de que el sistema jurídico y el sistema político de cada Estado poseen características específicas. Así, se puede decir que las Constituciones incorporan el fenómeno del político e insertan en su cuerpo las normas nucleares, como las que dicen respecto a la estructura, a la organización y a la distribución de competencias a los órganos de soberanía del Estado, las cuales revelan el contenido del principio de la separación de poderes. De este modo, cada Constitución define sus normas de forma particular, siendo el sistema de gobierno una de sus opciones sobresalientes y también una causa influyente en la comprensión de los actos políticos. Teniendo en cuenta esta causa, se entiende como algunos Estados lidian o lidiarán con el instituto para, posteriormente llegar a un concepto de acto político. De esta tarea, fue posible concebir el concepto de acto político como acto practicado en el ejercicio de la función política y, a partir de eso, proporcionar una recolecta sobre como el sistema jurídico brasileño ha encarado el tema. La preocupación en proceder a este análisis particular ocurrió en función de la existencia de decisiones judiciales que deniegan el ejercicio del control jurisdiccional de los actos políticos. El resultado de la investigación, en el escenario brasileño, ha permitido constatar que no hay tratamiento sistemático ni uniformidad conceptual cuanto a los actos políticos. También se pudo notar que el Supremo Tribunal Federal es la instancia del poder que más ha contribuido con la discusión de los actos políticos y el régimen jurídico que les debe ser aplicado. Sin embargo, existiendo o no un concepto satisfactorio de acto político, el Poder Judicial no puede dejar de apreciarlo, cuando provocado, al fundamento de que actos de naturaleza política no son judicializables. La negativa implica, sobretodo, la propia quiebra del Estado del Derecho y al no cumplimiento del principio de la supremacía de la Constitución. Además, infringe principios constitucionales garantizados como el principio del acceso a la justicia y el principio de la tutela jurisdiccional efectiva. Cuanto a la tutela efectiva, por más que haya una brecha procesal,

el Tribunal debe preservar los derechos, libertades y garantías constitucionales una vez que representan el parámetro de validez de los actos políticos.

Palabras-Clave: Actos políticos – Jurisdicción – Tutela – Limites – Estado del Derecho - Constitución

SIGLAS:

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de instrumento

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

Cfr. – Conforme

Cia. – Companhia

CNJ – Conselho Nacional da Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-lei

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de declaração

HC – *Habeas Corpus*

Inc. – Inciso

MS – Mandado de Segurança

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL – Projeto de Lei

PPS – Partido Popular Socialista

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

RE – Recurso extraordinário

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCA – Tribunal Central Administrativo

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES e FUNÇÕES DE ESTADO.....	16
 1. SEPARAÇÃO DE PODERES.....	19
1.1 A CLÁSSICA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	19
1.2 A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DE PODERES.....	21
1.3 FALÊNCIA OU (RE)REVISITAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	27
2. DAS FUNÇÕES DE ESTADO.....	30
2.1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	32
2.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	38
2.3 FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	40
2.4 FUNÇÃO POLÍTICA.....	43
 CAPÍTULO II – SISTEMAS DE GOVERNO.....	48
 1. PARLAMENTARISMO.....	51
2. SEMIPRESIDENCIALISMO.....	54
3. PRESIDENCIALISMO.....	57
4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	59
4.1 O SISTEMA PARLAMENTARISTA NO BRASIL.....	59
4.2 – O SISTEMA PRESIDENCIALISTA NO BRASIL.....	60
4.2.1 – <i>PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO</i>	60
4.2.2 <i>PRESIDENCIALISMO E FEDERALISMO: a questão da forma federativa como cláusula pétrea</i>	64

CAPÍTULO III – ATOS POLÍTICOS.....	71
1. FRANÇA: <i>ACTES DE GOUVERNEMENT</i>.....	71
2. TEORIAS EMPÍRICAS.....	75
3. INGLATERRA: <i>ACTS OF STATE</i> E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: <i>POLITICAL QUESTION DOCTRINE</i>.....	76
3.1 INGLATERRA: <i>ACTS OF STATE</i>	78
3.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: <i>POLITICAL QUESTION DOCTRINE</i>	79
4. PORTUGAL.....	84
 CAPÍTULO IV – ATO POLÍTICO: a experiência brasileira.....	 96
1. ATO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	96
2. ATO POLÍTICO NA DOCTRINA.....	99
3. ATO POLÍTICO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	104
3.1 DECISÕES ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	108
3.2 DECISÕES POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	109
 CAPÍTULO V – REFERÊNCIAS PARA CONTROLE e LIMITES JURÍDICOS DOS ATOS POLÍTICOS.....	 133
1. CONSTITUCIONALISMO.....	133
2. ESTADO DE DIREITO.....	136
3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	139
4. PARÂMETROS DE VALIDADE DOS ATOS POLÍTICOS.....	141
5. JUDICIABILIDADE DOS ATOS POLÍTICOS.....	145
6. DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	148
7. INSINDICABILIDADE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS.....	153
8. OS LIMITES JURÍDICOS DOS ATOS POLÍTICOS: síntese.....	157

CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
-----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS	164
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa fornecer algumas referências para controle e limites jurídicos aos atos políticos apreensíveis pelo direito brasileiro, sem a pretensão de cunhar uma teoria geral dos atos políticos ou esgotar outras possibilidades em Direito, capazes de cumprir esse fim.

Em princípio, é preciso ter em conta que os atos políticos há algum tempo tem sido objeto de estudo pela doutrina estrangeira, com a elaboração de diversas concepções e teorizações que pretendam reconhecê-los, explicá-los e domá-los. Tendo em conta as oscilações de tratamento que se destinam à compreensão dessa categoria de atos jurídicos, cumpre aproximar a análise à realidade em que se aplica. Por essa razão é que o estudo dos atos políticos há de ser feito sob a perspectiva do direito brasileiro.

Nesse interim, a relevância do tema se assenta no fato de os atos políticos representarem uma tipologia de atos jurídicos que, a depender do tratamento que receba em determinado Estado, não são apreciáveis pelo Poder Judiciário, isentando-os de mecanismos judiciais de controle. Essa ocorrência remonta à concepção originária da teoria dos atos políticos (teoria dos *actes de gouvernement*), cuja essência residia na não apreciação, pela jurisdição, de atos de governo praticados pelo Poder Executivo.

No intuito de oferecer um contributo acadêmico ao estudo dos atos políticos no Brasil, procedeu-se à pesquisa de temas correlacionados aos atos políticos, de modo a permitir uma leitura ampla e coesa, no que se refere ao conceito de ato político, assim como as implicações decorrentes de sua prática, a demandar a estipulação de contornos bem definidos.

No início do estudo, mostrou-se necessário abordar a separação de poderes e as funções estatais desempenhadas pelo Estado. Desde logo, fez-se um recorte inicial, no sentido de definir o ambiente por que se passa o estudo, a evitar a impropriedade de sua aplicação às realidades que não aquelas adotantes do Estado de Direito Constitucional, cujo regime de governo seja a democracia.

Em seguida, ainda no primeiro capítulo, coube expor a evolução do conceito da separação de poderes analisado tanto como doutrina quanto como princípio. A adoção do modelo de separação de poderes não mais se sustenta com a roupagem clássica que lhe fora atribuída e, por esse motivo, demanda um tratamento racional e operativo. Além disso, menciona-se, a título de reflexão, a superação desse tipo de repartição de poderes, sob o aspecto formal, dado que o tempo presente haveria de reconhecer novas instâncias de poder.

Adiante, esmiuça a abordagem com a especificação e conceituação das funções estatais, cada uma com a produção de atos qualificáveis a partir da função de Estado exercida, com ênfase à função política. Essa parte do trabalho tem por objetivo estabelecer a noção quanto à atuação de cada centro de poder, uma vez que uma das principais justificativas para a exclusão do controle dos atos políticos se pauta(ou) na prática de exercícios numa atmosfera exterior às funções legislativa, jurisdicional e, especialmente, administrativa.

No segundo capítulo, por seu turno, passa-se a analisar algumas espécies de sistemas de governo. Esse também é tido como um fator de influência à dinâmica dos atos políticos, uma vez que a leitura adequada desses sistemas, cada um à sua maneira e resguardadas as variações num e noutro, permite perceber em que medida os sujeitos exercentes da função política hão de atuar. Nesse sentido, seria possível captar em quais sujeitos estão amparadas as competências políticas centrais, assim como o grau de (in)dependência de um centro de poder face a outro, de modo a revelar se há uma prevalência de um pelo outro ou uma relação de coordenação aproximada.

Ao se ter em conta que a opção por um sistema de governo reside na autonomia de cada Estado, cumpre mencionar, sucintamente, o sistema de governo adotado no Brasil, a fim de subsidiar a compreensão dessa relação interorgânica.

Após essas abordagens, o terceiro capítulo vem tratar do instituto *ato político*, em si considerado, com a referência a dados históricos ligados à sua origem, à experiência de tratamento em diferentes Estados e respectivas peculiaridades. Tudo isso, na ânsia de ofertar um conceito capaz de orientar o operador do Direito ao reconhecimento de um ato político. Colhem-se, para fins do trabalho, notadamente os contributos da experiência

portuguesa quanto à conceituação, às perspectivas de controle e às limitações dos atos políticos.

A partir das apreensões feitas no terceiro capítulo, procura-se descrever como o direito brasileiro tem lidado com os atos políticos. Dessa maneira, optou-se por repartir a abordagem em três esferas distintas. A primeira delas diz respeito à visão que se tem dos atos políticos, sob o ângulo do texto constitucional. Nesse particular, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 serviu como parâmetro, não só em vista do seu *status*, mas também por organizar e definir as competências dos órgãos de soberania. A segunda, por conseguinte, liga-se às manifestações da doutrina brasileira, em que se pode notar um reduzido leque de juristas que mencionam a existência dos atos políticos como uma categoria própria. Por fim, descreve o painel jurisprudencial conferido aos atos políticos. Nesse diapasão, elege precedentes do Supremo Tribunal Federal para demonstrar como tem sido encarada a questão dos atos políticos, sem pretensão de exaurir a análise, dada a diversidade de espécies desses atos.

Feito o apanhado de todos os capítulos predecessores, o último capítulo se ocupa em elucidar referências jurídicas de controle e limites jurídicos aos atos políticos, a fim de aplicá-los ao Brasil. Parte do pressuposto de que há uma unidade jurídico-constitucional que contempla o Estado Democrático de Direito, além de apregoar princípios garantistas, com o fim de evitar que atos políticos existam e convivam à margem do direito.

Reconhece a existência de meios de controle não jurídicos, como o controle político, dentre uma das formas idôneas para se evitar eventuais excessos e preservar a harmonia entre os poderes. Além disso, discorre sobre o controle jurisdicional, visto como uma ferramenta para salvaguardar a prestação efetiva da tutela jurídica.

Por derradeiro, na conclusão do trabalho foi possível notar que no Brasil não há a construção de teorias ou concepções de atos políticos que se esmerem em definir contornos e respectivos efeitos. Ademais, a Suprema Corte, em suas manifestações pontuais, por vezes trata atos políticos idênticos e lhes aplicam regimes jurídicos distintos ou até mesmo chega a os eximir de apreciação jurisdicional.

Entretanto, em Estado Democrático de Direito não se pode conceber a existência de atos políticos, a um só tempo, surtidores de efeitos, porém não tuteláveis pelo Direito.

Desta feita, a deficiência de instrumentos processuais aptos à defesa de direitos, liberdades e garantias, como também a dificuldade de acesso à justiça, não limitará a atuação do Poder Judiciário que, ao ser provocado, tem o dever-poder de dizer o Direito, independentemente da natureza normativa do ato.

CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES e FUNÇÕES DE ESTADO

O Estado é a instituição que concretiza o fenômeno do político, de tal maneira que a corporificação das opções políticas revela, pois desejável, o real intento da sociedade impactada pelo projeto político vitorioso.

Embora essa assertiva se aproxime de um raciocínio tautológico, que pouco ou nada, expressaria, pode-se dizer que ele representa uma dialeticidade própria e necessária entre as esferas política e jurídica.

Há uma íntima relação, portanto, entre a existência do Estado e a Política. É premissa básica. Desse modo, se o Estado é a personificação do político, é preciso reconhecer que o seu nascimento resulta, necessariamente, de manifestações ocorridas no campo da política, ainda que em patamares mínimos.

Esses patamares a que se refere são apreensíveis pelo grau de inserção das preferências políticas na conformação formal do Estado. Daí que ele nasce como a instituição política responsável pela ordenação da vida em sociedade.

Tendo em conta a prevalência hodierna do Estado como ficção jurídica a identificar a unidade de uma vontade política, necessariamente antecedente e dotada de reversibilidade, essa, uma característica imanente do *pouvoir constituant*, há de se compreender naquele o ator figurativo dos desígnios dessa *voluntas dominii*.

No estágio em que a reversão da força constituinte amorfa se transmuta em Estado, esse passa a presentá-la por meio de uma estrutura orgânica, cujo dever que lhe compete está na prossecução e execução do poder que lhe deu origem.

Daí que se torna possível concluir que a forma adquirida pelo Estado dependerá do máximo extraível daquilo que se ousou no momento constituinte¹.

¹ A conformação do Estado reflete, em maior grau, o projeto de poder vencedor a que se vincula determinado espectro de indivíduos. Em tese, essa *volonté* impõe sua marca e, não só dá forma ao Estado, como também estabelece meios (instrumentos) para a execução do programa que encerra. Nada impede, sobretudo, que parcela dos objetivos sejam legitimamente delegados a mandatários supervenientes ou

Para que o Estado exerça a sua função social há que se ter um substrato de validade que o fundamente, para além daquele conteúdo decorrente do fenómeno político. Nesse ponto é que o Direito surge como a exata medida, capaz de impor a todos os que estão sob o seu jugo, a ordem jurídica. Essa, quando advinda do poder constituinte originário, legitima o poder político estatal e o incorpora no seu campo normativo, ao estabelecer regras e princípios a ele concernentes.

A juridicização do Estado, assim, visa estruturá-lo para a realização dos objetivos a que a comunidade do respectivo Estado optou. A forma de execução dessa tarefa se dá por meio das leis supremas que, em Estados de Direito, restam consagradas em suas respectivas Constituições².

Apesar disso, não se limita à atuação do poder constituinte originário, pois ele não há de ser visto como um poder soberano que estabelece o programa constitucional impassível, conferindo-se a ele o papel de legislador fundamental, capaz de resistir, inflexivelmente, às variações decorrentes da vivência constitucional. Como já se apontou, dá-se uma sobremaneira relevância ao poder soberano, no entanto, essa prevalência inicial não impede as alterações constitucionais, a não ser naquilo em que o constituinte originário tenha decidido como imutável.

autoridades legitimamente instituídas, a fim de alterar o projeto de poder, enquanto não macular a vontade política primária. A obra *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas Kuhn, adequa o contexto, tempo e espaço, e o vincula ao que denomina paradigma. Esse, por seu turno, um modo de reconhecer os problemas e fornecer soluções. Para maior detença, ver: *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Thomas S. Kuhn. Trad. Carlos Marques, Lisboa: Guerra & Paz, 2009, 288 p. Trata-se de uma abordagem crítica à filosofia da ciência, em que o autor reconhece que as soluções científicas se encontram dentro do paradigma que lhe faz as vezes de pano de fundo. Nesse passo, identifica-se como atual: o paradigma do Estado de Direito, teoricamente capaz de socorrer às mais variadas deformidades aparentes da relação Estado e Política.

² JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. (reimpr.). In: Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt, 1960, p. 505. Constituição aqui deve ser entendida tal como a definiu Jellinek, na segunda metade do século XIX, como os princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. A teoria do Estado proposta pelo jurista alemão traz o cerne da questão acerca do princípio da separação dos poderes, tendo por fundamento o conceito de Constituição em si.

A Constituição, como a teoria da constituição atual a concebe, vem representar a racionalização da vida em sociedade³, detentora de mecanismos de aferição da sua normatividade, uma vez que se estabelece no mundo como constituição viva.

Assim, o texto constitucional não se resume à sua normatividade, mas também aos efeitos advindos da sua dinâmica, onde reside o seu caráter politizado. A passagem desse conceito normativista kelseniano, que não aceitava a introjeção de aspectos outros no campo do Direito, para a fase de reconhecimento da Constituição como fruto do fenômeno político, granjeou acolhida da doutrina alemã por intermédio de uma teoria material da Constituição.

Entendido como um avanço na forma como o direito incide sobre a vida social, essa teoria material acabou por englobar na Lei Máxima de um povo, as questões jurídicas, políticas e sociais. Isto se deu no momento em que os Estados, capitaneados por aqueles diretamente engajados na 2ª Grande Guerra Mundial, passaram a firmar nos textos de suas constituições, direitos de ordem social, com disposições programáticas, políticas públicas assistenciais, métodos eleitorais legitimadores da vontade popular, o que concedeu sobremaneira importância à interiorização da política na esfera do jurídico. A Constituição se apresentaria, portanto, como direito político. Do político, sobre o político e para o político⁴.

Daí ser possível captar no conteúdo prescrito nos textos constitucionais, a estrutura do Estado, a sua organização, o sistema e a forma de governo que o determinam, o regime de governo que fundamenta a opção política, dentre outros aspectos. Esses elementos pertencem ao núcleo duro de toda norma fundamental, haja vista que é o fundamento de validade de toda ordem jurídica, como pronunciado por Hans Kelsen, em sua clássica obra

³ Nesse sentido, Bercovici retoma as concepções de Carl Schmitt, Rudolf Smend e Konrad Hesse, ao afirmar que “o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. BERCOVICI, Gustavo. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: LUANOVA. N.º 61/2004, p. 9.

⁴ No sentido de atribuir à Constituição o campo do político: SCHNEIDER, Hans Peter. “La Constitución – Función y Estructura” in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

“Teoria Pura do Direito”. A Constituição é a norma pressuposta, que condiciona o reconhecimento do Estado como sujeito de direito público e limita o poder⁵.

Dada essa nobre tarefa de proceder à estruturação do Estado, efetivada pela Carta Constitucional, pode-se com razoável acerto afirmar, especificamente quanto ao modo de estruturação do poder, que os Estados de Direito têm reproduzido a matriz teórica cunhada por Montesquieu.

A elaboração desse pensador tem acolhida na maioria dos Estados de Direito ocidentais, ainda que o aspecto consentâneo esteja em conformidade, se vista pelo aspecto formal. Ora bem, se essa é uma realidade com a qual convivem vários Estados, várias nações, e também por presumir que essa opção política resulte em consequências na vida social, a seguir algum contributo é o que se passa a ofertar. Ao menos, para que sirva de guia ao raciocínio que se pretende alcançar no final deste trabalho.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1. A CLÁSSICA SEPARAÇÃO DE PODERES

Inicialmente, afirme-se que a teoria (ou doutrina) da separação de poderes é um ensaio produzido há séculos, cuja maior expressão e aceitabilidade do modelo se pauta na distribuição de poderes entre três esferas, quais sejam, os denominados poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. No entanto, originalmente, não pode ser assim compreendida.

⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: *LUANOVA* n° 61/2004, p. 7. “No estudo do “Debate de Weimar”, centrado na questão do combate ao positivismo jurídico e nas relações entre Estado, Constituição, política e realidade, muitas vezes passa despercebida a, talvez, grande inovação de Hans Kelsen: a substituição da Teoria Geral do Estado pela Teoria da Constituição. Kelsen destaca a importância da juridicidade da Constituição, indo além da idéia da Constituição estatal: a base da Constituição não é o Estado ou a “força normativa dos fatos”, mas a norma fundamental, que não é posta, mas pressuposta.”

A separação de poderes remonta à antiguidade greco-romana, tendo por uma de suas contribuições a ofertada por Aristóteles, ao propor uma repartição de poderes baseada na representação dos segmentos sociais, cada uma com seu representante

John Locke, embora não haja conferido tamanha sistematização ao modelo de separação de poderes, estabeleceu uma divisão formal que permitiu à Montesquieu perscrutar novos caminhos e adaptá-lo, teoricamente, às exigências de seu tempo.

A separação de poderes de Locke⁶, por sua vez, previu a existência de três poderes, sendo eles: o poder executivo, o poder legislativo e o poder federativo. Quanto ao primeiro, ressalta-se que ele incorporava o poder judiciário. Ao incluí-lo, deixava de lhe conferir autonomia como um poder inserido no núcleo de poderes estruturantes do Estado.

Ainda com base na teoria de Locke, o poder federativo surge como um colmatador de lacuna, tendo por principal competência o trato das questões afetas às relações estrangeiras do Estado.

Posteriormente, o Barão Charles de Secondat crivou, historicamente, um modelo de concepção do poder, com alguma reminiscência do modelo aristotélico que se baseava na ideia de governo misto, para quem as distintas classes sociais haveriam de ser representadas por diferentes poderes.

Montesquieu estipulou a repartição formal de poderes entre Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo. O primeiro, a quem se conferiu a típica atividade de julgar; o segundo, a quem competia tipicamente administrar; e, por fim, o legislativo, que ficou incumbido da função legislativa como sua função típica.

Na sociedade de seu tempo, Montesquieu incluiu a atividade julgadora, dentre um dos poderes do Estado. Contudo, ao juiz não lhe era destinada a autonomia para decidir em sentido diverso ao previsto em lei. Vivia-se naquele instante histórico um avivamento do primado lei, resultado da revolução das luzes.

⁶ Adverte Nuno Piçarra, a respeito do modelo de separação de poderes formulado por John Locke, que não se enxergará nele um teórico da doutrina da separação de poderes aquele que o analisar a partir de versões posteriores, pois nela constava um poder judicial autônomo, enquanto descrevia ideias de equilíbrio entre os demais “poderes” do Estado, de tal maneira que pudessem exercer entre si a dinâmica de *checks and balances*. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 78.

Na elaboração rousseauniana, também defensora de uma divisão de poderes tripartite, além de se tratar de uma das ideologias da gênese iluminista liberal, concedia uma superioridade do Poder Legislativo como poder soberano em relação a todos os demais, uma vez que o poder seria pertencente ao povo. O Governo, por sua vez, num plano secundário, ou intermediário, figurava como executor das leis e mantenedor da liberdade, segundo a vontade geral ou a lei. A vinculação do Governo à lei ou vontade geral impunha uma ausência de vontade dos membros ocupantes do Governo, porque a eles cabia executar o conteúdo do contrato social e da lei. “Não são os senhores do povo, mas os seus oficiais”⁷.

Isso nada tem de novo, senão o modo pelo qual se direciona o olhar sobre o resultado do modelo teórico preestabelecido nos tempos de outrora⁸.

Não se utiliza a oportunidade para divagar, nem para relatar o percurso histórico da tão sabida e formal separação de poderes do Estado. Apenas para referenciar é que, simploriamente, afirma-se que a clássica concepção do modelo de divisão de poderes vem, ao passar dos séculos⁹, sendo moldado conforme os testes de validação institucional que está a sofrer.

1.2. A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DE PODERES

⁷ OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. Vol. I. Lisboa: Lex. 1995. p. 26

⁸ A interpretação do princípio da separação de poderes demanda a invocação do próprio conceito de Constituição, uma vez que as concepções jusfilosóficas conferem o substrato racional para o desenvolvimento e compreensão das fórmulas constitucionais do Estado. Cfr. SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, p. 189. Na perspectiva de Smend, “A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos deste processo”.

⁹ Para uma compreensão aprofundada da origem e evolução do sistema de separação de poderes, vide PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes...* Nessa obra, o autor se preocupa em descrever o caminho histórico dos modelos de poder, desde as origens remotas, relatadas através das concepções aristotélicas e polibianas da separação de poder, até o por ele denominado Estado de Direito contemporâneo. Perpassa sua abordagem pelas difundidas doutrinas de John Locke, barão de Montesquieu e Jean-jacques Rousseau, bem como relata a influência do modelo de Estado de Direito Liberal na estruturação dos poderes.

O *Staatsrecht*, nos moldes das construções normativo-dogmáticas da divisão de poderes, já não mais comporta a mesma definição, o que justifica a sua interpretação diuturna, atenta às distorções do devir, sejam elas gerais ou casuístas, positivas ou negativas.

Com esse intento, a compreensão a partir do contexto histórico de determinada ordem jurídica, aferindo-se o ideário político e social que a subjaz, tende a permitir uma leitura das instituições de modo a alcançar a interrelação existente entre os poderes de Estado e as características de fundo inerentes à cada espécie institucional.

Nesse sentido é que se analisa a concepção formal típica daquilo que se tem entendido por separação de poderes do Estado, bem como a adoção conceitual que incide sobre a realidade atual, ou seja, a sua compreensão nomoestática.

Em virtude disso, nesse particular, compete avançar sobre o que se compreende como adequada interpretação e garantia de eficácia ao modelo de separação de poderes, tendo em conta que a sua paralisia muito se deveu à análise estritamente formal dos poderes estatais, devido à efervescência de uma escola de direito positivista que se dedicou a desenvolver um ‘mito’ da separação de poderes, especialmente no fim do século XIX e princípio do século XX¹⁰.

Com o decorrer das experiências de Estado, a alteração da concepção da divisão de poderes, antes interpretada como esferas estanques de decisão e sem aceitação de ingerências externas, é uma constatação necessária¹¹. Assim se pode afirmar, uma vez que o prestígio à forma, notadamente, à forma da lei, permeou todo o espaço de construção e base fértil da doutrina da separação de poderes.

Com a confirmação de que a ordem jurídica resultava e ao mesmo tempo atendia ao império da lei, aguçadamente em seu caráter formal, não restava ao operador do direito agir ou dizer em contrariedade ao que está disposto em lei¹².

¹⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes...*, 107.

¹¹ TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “Poderes” do Estado*. In: Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional. Editora Revista dos Tribunais. Vol. IV. p. 25.

¹² As Constituições também estão incluídas no gênero lei, que ora se faz referência, dada a concepção ampliativa que se pretendeu utilizar.

Logo, a implicação direta, face à disposição da estrutura dos Estados expressa no texto constitucional, seria o cumprimento dos mandamentos constitucionais nos exatos termos. Em sendo assim, a descrição constitucional das competências direcionadas a cada um dos Poderes nela estipulados, deveria ser interpretada de maneira restritiva. Restritiva, porque voltada para a atividade própria do Poder, ou seja, quando a Constituição determinasse, hipoteticamente, que competisse ao Poder Executivo Federal exercer a administração da União Federal¹³, mediante atuação do Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, estar-se-ia a afirmar que a atividade administrativa da União Federal não poderia ser exercida por qualquer outra esfera de poder, ainda que em caráter indireto e incidental.

Além disso, uma vez constitucionalmente definidas a estrutura, composição, competências formais e materiais, assim como *modus operandi*, caberia tão somente ao Poder Executivo a tarefa de executar as atribuições, em respeito à ordem constitucional.

Sói ressaltar que a concepção formalista do modelo de divisão de poderes já não se sustenta. Não, por si só, havendo para tal uma razão simples. A dinâmica das instituições e o aumento expressivo das relações sociais e jurídicas vêm ao encontro da necessidade de novas soluções, de novos olhares sobre a condução estável das instituições de poder.

Desta forma, não se está a desconsiderar o aspecto formal da divisão de poderes levada a cabo pelos Estados. Seria um equívoco excluir o aspecto formal como critério de análise da repartição de poderes, porque estar-se-ia a perpetrar imediata ofensa a princípios constitucionais de toda sorte, podendo-se arrolar, em caráter geral, o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da constitucionalidade.

Há que se ter em conta, também, que a doutrina da separação de poderes, com as suas diversas teorias, possui características comuns a permitir tratá-la como um instituto de teoria geral. Contudo, o direito positivo de cada país exhibe as mais variadas fórmulas de repartição de atribuições de poder¹⁴.

¹³ Referência à forma de Estado da República Federativa do Brasil.

¹⁴ Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. Editora Revista dos Tribunais. p. 117.

Em função dessas diversificadas fórmulas de distribuição de poderes, surge o dever de interpretar e aplicar as regras dispostas sobre as funções de poder e propiciar, caso a caso, a convivência harmoniosa entre os campos de atuação de cada uma.

Daí que a perspectiva recente acerca da separação dos poderes, cuja densidade normativa resulta da efetivação do princípio *da interdependência da separação dos poderes*¹⁵, demanda uma análise conceitual do dito princípio, em duplo aspecto. O primeiro desse em sua dimensão negativa, pela qual se nota um maior grau de afastamento, independência e exercício típico das funções, arraigado à sua consolidação institucional, com um cabedal de institutos jurídicos garantidores de direitos e liberdades individuais.

Num segundo plano, deve ser compreendido pela ótica positiva. Por meio desta, deve-se conceber um conceito operativo de funções de poder, que seja capaz de ofertar a consecução dos fins primaciais do Estado, por meio da sua configuração racionalizada, ainda que demande um alargamento das atribuições constitucionalmente elencadas, vinculativas dos entes/órgãos às suas matérias¹⁶.

O princípio da separação-divisão-distribuição de poderes, ante a nova compreensão da partilha de funções de poder, manifesta-se para além da divisão orgânica-institucional, como uma manifestação de contrapoderes, os quais se limitam, controlam e *colaboram* no âmbito constitucional político.

O parâmetro desta repartição advém da própria Constituição que estabelece os contornos dessa interrelação entre as funções do Estado, no instante mesmo em que estipula constitucionalmente as áreas de atuação.

As assertivas acima estão corroboradas pela ideia de que “o princípio da divisão de poderes evoluiu no sentido de uma função política racionalizadora da organização e actuação do poder estatal e onde a dimensão garantística¹⁷ que lhe é própria se concretiza num conjunto de institutos que garantem os direitos e liberdades individuais contra o poder

¹⁵ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997, p. 29. Consoante o autor: “A divisão de poderes dos nossos dias é marcada pela separação, mas também interdependência, pela especialização orgânico-funcional, mas também pelas possibilidades de interferência recíproca.”.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites...*, p. 30.

¹⁷ A expressão *garantística* informa que o princípio da separação de poderes deve ser utilizado/interpretado/concretizado em observância ao Estado de Direito democrático.

e os poderes do Estado e não especialmente contra o Executivo ou a Administração”¹⁸. Ainda nesse sentido, razoável seria compreender que entre as funções de Estado não existe uma neutralidade ou incomunicabilidade, umas com as outras, a ponto de, *verbi gratia*, afirmar que reservas de administração estariam imunes à invasão parlamentar. Essa neutralidade ou incomunicabilidade não só aparenta ser controversa ao sentido atual do princípio da divisão funcional dos poderes, como nele há de se extrair a função de princípio organizatório fundamental da ordem constitucional.

Como se tem alegado, mais que um viés funcional (atributo contemporâneo do princípio da separação de poderes), a adoção do Estado de Direito democrático impõe, como paradigma, que a axiologia nele contida se revele através do princípio democrático, dado que é inconcebível pensar o Direito afastado da maximização desse (meta)princípio de ordenação ideológico-social.

O princípio democrático decorre de um imperativo de estruturação da ordem jurídica nos governos democráticos, mesmo quando esteja tão somente positivado formalmente, sem a devida correlação substancial.

A mera positivação no texto constitucional demanda uma visão globalizada das instâncias de poder, de tal modo que a cada uma seja reconhecidas funções específicas, determinadas, nas quais a autonomia competencial pertinente à cada instância de poder seja capaz de delimitar os limites de sua atuação. Mas a legitimidade de atuação de cada poder não teria como conteúdo o equilíbrio institucional de forças políticas mais ou menos autógenas ou, ainda, pretendentes à detenção do poder, dotados de legitimidade *própria*, por meio da determinação e delimitação de competências jurídico-constitucionais. O fundamento exclusivo da legitimidade do poder político do Estado seria o princípio democrático¹⁹.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites...*, p. 26.

¹⁹ Cfr. PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes...*, p. 232. A opinião de Nuno Piçarra, na altura em que a obra foi escrita, também se assentou na impossibilidade de se reconhecer como conteúdo do princípio da separação de poderes a atividade de “reger a participação de ‘atuais’ grupos politicamente relevantes, tais como os sindicatos, as associações de empresários, as associações económicas ou a burocracia, no exercício do poder político-estadual, articulando-os, enquanto tais, nos órgãos constitucionais que o exerçam a nível supremo.” Justifica essa postura sob o argumento de que a inserção desse conteúdo ao princípio da separação de poderes “marcaria a desistência da unidade democrática do poder estadual a favor de um neopluralismo político-estamental. Marcaria, além disso, sancionando-a, a redução da sociedade civil ao sistema de grupos de interesses, e também a redução dos órgãos constitucionais que exercem a função política a uma espécie de

Ora, ao se ter em conta que o princípio da separação de poderes deve ser abordado numa relação interna e operativo-racional, utilizando a expressão de Reis Novais, assim como um princípio organizatório fundamental, além de ter sua legitimidade garantida pelo princípio democrático, cabe indagar até onde a Constituição determina (ou não) limites juridicamente vinculativos aos poderes constituídos²⁰.

Dada a diversidade de atividades estaduais a serem manifestadas através dos órgãos representativos das funções do Estado, o problema está, portanto, em conseguir compatibilizar, sem ofensa à Constituição, mecanismos de controle político e jurisdicional dessas funções, pelas demais²¹.

Assim, é pela via da tripartição de funções que se pretende trabalhar o princípio da separação da interdependência dos poderes, manifestas pelas funções judicial, administrativa e política (legislativa e política estrito senso)²². Assim se opta, em virtude da condizente realidade apresentada, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no ordenamento jurídico português e, invariavelmente, de tantos outros países ocidentais de regime de governo democrático.

Entretanto, antes de versar sobre as funções estatais, formato da separação de poderes, também importa aqui abordar no item seguinte, uma consideração acerca do enfraquecimento do modelo de separação de poderes, por reconhecer a dialeticidade do Direito.

câmaras corporativas dos grupos de interesses, insusceptíveis de atuar, enquanto órgãos de soberania democraticamente legitimados pela sua eleição (directa ou indirecta) pelos cidadãos, de acordo com a opinião comum da maioria.”

²⁰ Caso de limitação de atuação do centro de poder, conforme precedente do Superior Tribunal de justiça. Ver: HC 9.348 – AC, Corte Especial, rel. Min. Garcia Vieira, rel. p/ acórdão Min. Waldemar Zveiter, j. 7.2.2001, Dj 19.3.2001. Consoante o trecho seguinte: “A rigor, o Poder Legislativo tem como função precípua a normatização do direito podendo, em caráter excepcional, exercer alguns dos poderes inerentes ao Judiciário, como é o caso do poder de investigação outorgado pelo art. 58, § 3º da CF/88. O que não pode e o que não deve acontecer é o Poder Legislativo investigar o Poder judiciário praticando atos judicantes de competência exclusiva deste último. Flagrante interferência na autonomia da Carta da República e o processo democrático.”

²¹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Actos políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Editora Almedina, 1990, p.103.

²² A título de nota, embora a repartição tripartite seja a tônica nos ordenamentos, doutrinariamente há quem defenda a existência de uma divisão quadripartite, composta pelas funções política, legislativa, administrativa e jurisdicional (Marcelo REBELO DE SOUSA e GOMES CANOTILHO) e até mesmo pentapartite. Cfr. MORAIS, Blanco de. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.23.

1.3. FALÊNCIA OU (RE)REVISITAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Um dos pontos que acomete a doutrina da separação dos poderes reside na indagação sobre a sua falibilidade ou incapacidade de oferecimento de soluções à forma de Estado de Direito a que se vincula.

A variabilidade de sistemas e formas de governo, métodos de eleição, legalidade de atuação política, regramento aplicável aos partidos políticos, sistema eleitoral, grupos de pressão, dentre eles, hodiernamente, os *mass media*, seriam fatores a se avaliar, conjunta e individualmente, com vistas à obtenção de um relato indiciário, senão conclusivo, ainda que momentâneo, do (in)sucesso do modelo da tripartição de poderes²³.

Como vimos alertar, a dinâmica do regramento de cada Estado acaba por traçar linhas próprias, individualizadas pela vivência particularizada das suas instituições. Apesar disso, essa multiplicidade de fatores que implicam em alterações do *status quo ante*, são nada mais nem menos que opções atuais dos Estados para lidar com a realidade social. Afirma-se assim, sem considerar de imediato, tal ou qual instituição agiu ou age com proeminência nesse quadro multifacetário de relações fático-jurídicas.

O professor de Yale parece ter antevisto²⁴ essas *distorções* advindas da aceitação passiva do modelo de tripartição de poderes e os reflexos de sua provisão insatisfatória ou contestável.

²³ Na defesa da falência do modelo de separação de poderes, ainda que visto sobre o viés funcional, menciona-se a posição combativa do professor Bruce Ackerman, claramente notada no artigo de sua autoria. ACKERMAN, Bruce. “Good-bye, Montesquieu”. Comparative Administrative Law, 2010. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPB0C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Também traduzido para o português, zelosamente, e publicado na: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

²⁴ Em análise mais extensa, já em 2000, Bruce Ackerman publicou artigo em que defendeu a interpretação do modelo de separação de poderes pautada em três princípios: *democracy, professionalism and the protection of fundamental rights*. Cfr. ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review. Vol.113, N. 3, January 2000. Também sobre uma nova separação de poderes, BEAUD, Olivier. *La multiplication des pouvoirs. revue française d'études constitutionnelles et politiques*, nº143, 143 – La séparation des pouvoirs, p. 47-59. Disponível em: <http://www.revue-pouvoirs.fr/La-multiplication-des-pouvoirs.html>. Acesso em: 2017.

Dentre uma de suas colocações, sempre em consonância ao objetivo do presente trabalho, Bruce Ackerman menciona que o modelo de Montesquieu influenciou sobremaneira o modelo do *Conseil d'État*, bem como o sistema tedesco de Cortes Administrativas. Esse modelo, vale dizer, reverberou no terreno europeu, fazendo-se notar em países que acomodaram na sua organização de poderes, a jurisdição administrativa. Não apenas nesses países. Quase integralmente foi adotado material e formalmente, consagrando-se a teoria da separação de poderes nas diversas cartas constitucionais da América Latina, sem contar a menção expressa nos artigos iniciais da Constituição norte-americana.

Logo, com rara certeza se pode afirmar que o modelo de separação entre poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para além de representarem a tônica, também representa um dogma, uma vez que “em nenhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quicá um pensador do século XVIII”.

Contudo, o século XXI, que caminha para seu primeiro quinto, necessitaria de um arquétipo, apto a suscitar comparações sistemáticas em nível mundial²⁵, além de recorrentes reflexões normativas informadas a partir daquilo que as experiências trariam (trarão) como lição.²⁶

²⁵ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite...*, p. 31. “A evolução que sofreu a teoria separatista de Locke e Montesquieu quanto à atual realidade, longe de propugnar o seu fim, na verdade, aponta para um dos grandes problemas constitucionais do presente, que é a denominada “hipertrofia das funções do Estado”, ou na expressão da jurista portuguesa Cristina Queiroz, “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”.

²⁶ ACKERMAN, Bruce. *Good-bye, Montesquieu...*, p. 14. A crítica ácida não se reduz ao reconhecimento da insuficiência do modelo de separação de poderes, mas de uma superação entre o que contrasta o *civil law* e o *common law* fundada em novas formas institucionais não categorizáveis como *legislativas, executivas e jurídicas*. No Brasil, Marçal Justen Filho menciona duas funções estatais anômalas, desempenhadas pelo Estado contemporâneo e que não encontrariam solução na divisão tridimensional dos poderes, quais sejam: o *controle de constitucionalidade* e o *controle de regularidade dos atos estatais e não estatais*. No primeiro caso, o autor se justifica com base na existência de um sistema de controle dos atos estatais em face da Constituição, em dados países, enquanto inexistiria em outros. Ainda, pondera que, a configuração formal de países que exercem tal atividade de controle, é o caso de Conselhos Constitucionais ou Tribunais Constitucionais cuja competência reside apenas no controle desses atos em face da Constituição, afastando-se das demais estruturas de poder (Judiciário, Legislativo e Executivo). Acerca do controle de regularidade dos atos estatais e não estatais, defende o autor que “esse controle é desenvolvido no interesse comum da Nação, por meio de órgãos estatais dotados de autonomia e que não exercitam funções propriamente jurisdicionais, administrativas ou legislativas. (...) Consiste em uma estrutura administrativa autônoma cujo ocupante é escolhido por um processo especial, dotado de garantias que lhe asseguram o controle da atuação de qualquer ocupante de função governamental.” Em outros países, esse controle deu origem à figura do *ombudsman*. Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 118-119.

De fato, é notório assertir que Montesquieu era incapaz de estabelecer um modelo de colmatação de poderes a transcender gerações e se sustentar na era atual, onde, por vezes, o Direito não consegue acompanhar a velocidade com a qual a informação e os fatos se dissipam. Destarte, a vivacidade que hoje se tem acerca dos partidos políticos, dos ideais de democracia, de engenharia constitucional moderna, da transição da burocracia (*'bureau'cracie*) para técnicas contemporâneas e ambições do Estado regulador incitam, ainda que materialmente, adequação de soluções jurídicas no trato desses novos institutos/instituições que influenciam o modelo de separação de poderes.

Ao referendar essa necessidade, apontam-se dois exemplos como dificuldade em lidar com essas novas instituições. Em primeiro lugar, quanto maior o número de centros de poder isolados das instituições políticas e jurídicas tradicionais, maior será a dificuldade em coordenar o esse número crescente de centros de poder 'invoadores' e, por consequência, conseguir formar um todo coerente. Em segundo lugar, ao não se reconhecer outras instâncias (centros) de poder e as isolar do processo democrático do Estado, deixando-as de lado do controle político direto, teria-se aí também uma ausência de participação política dos representantes eleitos do povo sobre esses centros de poder alheios à colmatação de poderes (legislativas, administrativas e jurisdicionais)²⁷.

Diante de problemas dessa ordem, compete ao Estado observar e se precaver ante a criação de novos centros de poder, quando a competência lhe couber²⁸, ou em reconhecê-los, quando a origem não resultar da atuação do Estado²⁹.

Trasladada para a realidade constitucional brasileira, é defensável assertir que a "Constituição brasileira não levou a cabo um tratamento extenuado e sistemático das funções de Estado. Então o que teria sido amparado na Carta de 1988? O constituinte originário, além de consagrar expressamente a tripartição dos poderes, elevou-o ao *status*

²⁷ ACKERMAN, Bruce. *Good bye, Montesquieu...*, p. 6,7.

²⁸ Caso das Agências Independentes nos Estados Unidos da América, que possuem independência e autonomia regulatória, dotada de poder sancionatório, e por vezes, vindo a inovar na ordem jurídica sem que seu enquadramento institucional diga respeito às funções legislativas, administrativas e judiciais.

²⁹ Em vez disso, recomendam uma conduta cautelosa: nós devemos reservar essa estratégia para a proteção de valores governamentais especialmente fundamentais, em contextos em que incentivos políticos normais são particularmente perniciosos, por meio de desenhos institucionais que sejam bem conhecidos e, se possível, empiricamente testados. Em síntese, a construção de novos centros de poder requer uma série de julgamentos complexos e que sejam sensíveis ao contexto.

de cláusulas pétreas, de tal modo que bastasse à compreensão e alcance das funções referentes a cada órgão de poder”.³⁰

É com base numa ausência de ordenação e coordenação das funções de Estado, pela Constituição Federal de 1988, que Ramos Tavares chega a afirmar, no sentido da superação do modelo tripartite, que só um estudo sistmático seria capaz de chegar a uma conclusão sobre as funções que verdadeiramente exercem cada um dos órgãos previstos constitucionalmente, e que não se restringem mais a apenas três (assim, ter-se-ia, a função administrativa, a governativa ou a política, a judicial, a legislativa, a de controle etc.).

Independentemente dos avanços que se conceda à interpretação do princípio da separação de poderes, no sentido de lhe conferir maior racionalidade e integridade à todo o arcabouço normativo que o fundamenta, mister reconhecer que ainda perdura um modelo formal de separação de funções de poder e que essas funções hão de revelar, formal e materialmente, toda a atividade a ser desempenhada pelo Estado na prossecução e concretização do interesse público.

Apesar das críticas que porventura venha sofrendo e a não comprovação doutrinária da sua falência, importa frisar, para fins do presente trabalho, que o entendimento adotado quanto ao princípio da separação de poderes visa enxergar, por meio dele, uma ‘solução’ quanto à exata delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, como nos casos de direito judicial, bem como na definição satisfatória do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e outras manifestações relevantes de discricionariedade (onde se poderia inserir a prática de atos políticos), casos afetos à apreciação e controle de constitucionalidade, para não exemplificar outros.

2. DAS FUNÇÕES DE ESTADO

Há que se pontificar, de pronto, que a análise dos atos praticados sob a égide do Direito, requerem uma explicação racional. Doutrinária, jurisprudencial ou

³⁰ TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite...*, p.32.

normativamente, os contornos das funções do Estado, ambiente em que são praticados todos os atos, vão sendo escritas com o passar dos tempos.

Nessa toada é que o Direito se habilita como ramo da ciência capaz de lidar com essa multiplicidade de atos e estabelecer seus contornos, identificando o substrato, bem coma a percepção de seus pressupostos e requisitos. Ademais, as consequências jurídicas provenientes da prática desses atos também competem à ordem jurídica instituída, para lhe assegurar a manutenção da paz social e relações sociais.

Então, foi na década de noventa do século passado, que o Professor Jorge Miranda³¹ traçou apontamentos de consulta obrigatória, acerca das funções, órgãos e actos do Estado, por meio da obra de mesmo nome, com vistas ao esclarecimento do tratamento jurídico que deva orientar a compreensão das funções, órgãos e actos do Estado.

Fê-lo, sistematicamente, razão pela qual ora se faz constar, dado seu viés dogmático. Estabeleceu uma divisão tripartite das funções estatais, desfragmentando-as nos atos próprios e inerentes a cada uma delas.

Referiu-se, em um primeiro instante, na função jurisdicional, da qual decorreriam os atos jurisdicionais ou, consoante expressão por ele utilizada, sentença *latissimo sensu*. Também relatou a existência de uma função administrativa, produtora de atos que poderiam ser categorizados como atos de conteúdo normativo e de conteúdo não normativo; unilaterais (por imposição de autoridade) ou bilaterais; e, por último, distinguiu os atos administrativos de contratos administrativos; ainda, subdividiu os atos de conteúdo individual e aqueles de conteúdo geral.

A terceira função do Estado diria respeito, então, à função política. Dividiu-a em duas subfunções: função legislativa e função governativa ou *stricto sensu*. Quanto àquela, teria como produto o resultado da atividade legislativa. Ainda conforme a descrição de Jorge Miranda, os atos da função legislativa seriam manifestados pela lei constitucional e pela lei ordinária.

³¹ O professor Jorge Miranda afirma que a formulação de teorias sobre as funções de Estado é tida por relativamente recente. Adverte que o problema, contudo, vem de muito tempo, em razão das características, dos fins e dos poderes do Estado. MIRANDA, Jorge. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa, 1990, p.10-11.

A função governativa ou *strictu sensu*, por seu turno, caracterizaria-se pelos denominados actos políticos, os quais segundo um critério de origem poderiam ser: actos do povo activo, dos quais seriam expressão a eleição e o referendo; ou actos dos órgãos governativos, manifestados por meio dos atos políticos *stricto sensu* ou de governo. Por fim, mencionou a existência de atos políticos *lato sensu*, classificáveis por um critério de relevância, sendo duas as espécies: os atos de direito interno e os atos de direito internacional³².

A elaboração sistêmica do jurista português cria uma distinção dogmática (doutrinária), por meio da qual se permite abordar, de modo individualizado, cada uma das funções do Estado, tendo em conta a classificação por ele fornecida. O uso dessa construção teórica se faz com finalidade didática, sem embargo de considerar a existência de outras existentes.

É que essa se apresenta mais apropriada ao que se pretende: delimitar e conceituar as funções de Estado, com ênfase à análise da função política e os atos dela decorrentes.

Trazidas as considerações iniciais, passa-se às funções estatais.

2.1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Nesse tópico específico, a apreciação se restringirá à função administrativa, tendo em vista as implicações que se façam sentir sobre os atos políticos. É de se ressaltar, ab initio, que as relações entre Parlamento, Executivo e Judiciário tendem a sofrer as particularidades próprias da decisão do legislador constituinte em cada ordenamento jurídico, no que toca à disposição da estrutura, competências e delimitação recíproca das funções do Estado.

Nesse ambiente, é possível perquirir por uma colmatação plausível e desejável do que se deva compreender por função administrativa como função estatal, no Estado de Direito democrático.

³² MIRANDA. Jorge. *Funções, Órgãos e...*, p.28-29.

Com a propriedade que lhe é peculiar, Paulo Otero dissecou o termo administrar e a ele confere dimensões nucleares, que servem como fundamentos da compreensão sobre a atividade desempenhada pela Administração Pública. Enfoca a questão sob várias perspectivas, sendo relevante ressaltar que o verbete *administrar* permeia as ideias de ação, rumo e subordinação. Todas elas voltadas à prossecução do interesse público, que é “ao mesmo tempo, fundamento, limite e critério do agir da Administração Pública, de tal modo que ela deverá optar por critérios de decisão e utilizar os meios mais convenientes ou adequados com vistas à uma solução ótima”.³³

Para tanto, seu parâmetro decorre dos ditames constitucionais que estipulam zonas próprias à cada uma das funções estatais, sendo todas dotadas da mesma legitimidade constitucional. Particularmente, cada uma se manifesta dentro dos limites constitucionais, num movimento oscilante de agir e não agir. Agir, em conformidade com as competências dirigidas à cada função, e deixar de atuar, nos casos em que a Constituição não tenha concedido permissão. Daí que se fala, *in casu*, em reserva de administração ou reserva de função administrativa³⁴.

Nesse passo, “(...) o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo (*ius novum*) e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande alvo é, de fato, a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno. Como tal gestão implica normalmente a prática de vários atos e atividades alvejando determinada meta, a Administração socorre-se, com frequência, de processos administrativos como instrumento para concretizar a função administrativa.

Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido *governo* e *administração*, e função administrativa e função política³⁵, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela,

³³ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. Ed. Almedina, 2013, p.20.

³⁴ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo...*, p. 181.

³⁵ Cfr. GOODNOW, Frank. *La Función Política*. In: Revista de Administración Pública, p. 2. “Por otra parte, si no se hace intento alguno en el sistema de gobierno para prever la separación de la política y la administración, y si las instituciones gubernamentales están en posición firme e inflexible mediante la adopción de una Constitución escrita, el control y la vigilancia de la función administrativa tienden a ser asumidas por el órgano gubernamental que desempeña la función política.”

sempre sujeita regras jurídicas superiores.”³⁶ Acerca da função política, será dito algo adiante. Por ora, importa dizer que há um grau de estreitamento existente entre essas duas funções, razão pela qual se justifica a especificação da função administrativa.

De todo modo, não constitui tarefa muito fácil delinear os contornos do que se considera função administrativa³⁷. Os estudiosos têm divergido sobre o tema. Todos, no entanto, fazem referência ao pensamento de OTTO MAYER, que, ao final do século passado, defendia a autonomia do Direito Administrativo em face do Direito Constitucional, e afirmava: ‘A administrativa é a atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica’. A visão do grande jurista alemão mostrava que a função administrativa haveria de ter duas faces: a primeira, relativa ao sujeito da função no mundo jurídico (aspecto subjetivo); a segunda, relativa aos efeitos da função no mundo jurídico (aspecto objetivo formal).

Consoante Carvalho Filho, nomeadamente quanto à doutrina brasileira, os autores têm se valido dos critérios subjetivo e objetivo, para a identificação da função administrativa. O critério subjetivo, também denominado critério orgânico seria aquele que dá realce ao sujeito ou agente da função. O objetivo, por sua vez, subdividiria-se em duas outras espécies: o objetivo material e o objetivo formal.

Enquanto o critério objetivo material se funda no exame do conteúdo da atividade, o critério objetivo formal explica a função administrativa pelo regime jurídico em que se situa a sua disciplina.

Sem desprender um critério do outro, permeia a ideia de função administrativa a atividade de execução de preceitos normativos constitucionais, com o fim de conferir aplicabilidade e concretização do interesse público.

Logo, fala-se em função administrativa quando houver “atividade traduzida na concretização e execução das leis e na satisfação permanente das necessidades colectivas legalmente definidas, mediante actos, contratos e actuações materiais, dimanados de órgãos e agentes dotados de iniciativa e parcialidade na prossecução do interesse

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 6.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo...*, p. 4

público”³⁸. O elemento parcial coaduna com o fato de que a “função administrativa tem sido considerada de caráter residual, sendo, pois, aquela que não representa a formulação da regra legal nem a composição de lides *in concreto*.”³⁹

Nesse sentido, uma marca indelével e assentada pela doutrina nacional e alienígena, no tocante a uma das características da atividade administrativa reside na sua atuação secundária, subordinada, uma vez que os interesses sobre os quais incide não pertencem ao domínio próprio das decisões políticas primárias.

Decorre do seu caráter subordinado que a administração pública exerce atividade delegada, voltada à efetivação, *prima ratio*, do interesse(s) público(s). Esse, volta-se à concretização de medidas em prol de uma coletividade determinável ou generalizável, resguardado o espectro de alcance e também o envolvimento político da atividade desempenhada.

Também são elementos do conceito de função administrativa: a promoção satisfatória de interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais; o desempenho da função por meio de uma organização estável e permanente; por fim, que o produto da sua atuação seja destituído de natureza jurisdicional.

Destarte, as formas jurídicas de atuação da administração pública subdividem-se em: regulamento, atos administrativos e atos da administração pública. Em havendo um destes tipos de exteriorização administrativa, ali haverá função administrativa⁴⁰. Mas, não só. Há também outras formas de manifestação da administração pública que, em que pese não serem atos da função administrativa (em sentido lato), podem gerar consequências administrativas.

³⁸ MORAIS, Blanco de. *Manual de Direito Constitucional...*, p.34.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, RJ, Forense, 1989, p.20.

⁴⁰ Cfr. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo...*, p. 184-185. Ao conceituar a função administrativa, o autor a define com base em quatro características, corroborando o conceito amplo de função administrativa formulado por Diogo de Freitas do Amaral. São elas: a) envolve a satisfação de necessidades coletivas, mas que não se consubstanciam em produzir atos legislativos, definir opções políticas primárias, nem produzir sentenças judiciais; b) as necessidades coletivas a serem satisfeitas no exercício da função administrativa encontram respaldo em atos jurídico-públicos; c) envolve a realização das tarefas de ordenação da vida social, garantia da ordem e segurança públicas, realização de prestações sociais, obtenção de recursos financeiros e gestão de meios humanos e materiais; d) envolve a prática, tanto de atos jurídicos quanto atos materiais para conformar ou transformar a realidade.

É o caso dos *programas administrativos*, os quais estabelecem diretrizes orientadoras de políticas públicas, atos políticos por natureza, mas passíveis de incidência administrativa concreta⁴¹.

E quais seriam as atividades derivadas da função administrativa, dentre o extenso rol de possibilidades? Poderia-se enumerar várias, sem a pretensão de trazer um elenco uníssono, dentre as essenciais: a) condicionamento por meio de imposições, de deveres e de abstenção, *com base na lei e na forma da lei*, do exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos, a fim de compatibilizá-los com o bem-estar social. Trata-se do exercício do poder de polícia e das limitações ao direito de propriedade⁴²; b) fomento e auxílio do desenvolvimento e da expansão de atividades privadas de interesse coletivo (subvenções, atuações no domínio econômico)⁴³; c) intervenção em atos e fatos da vida dos particulares para lhes conferir certeza e segurança jurídicas (tabelionatos, cartórios, e todos os atos denominados de polícia administrativa, ou seja, atos decorrentes da fiscalização obrigatória do Poder Público); d) prestação de utilidade e comodidade aos administrados, propriamente serviços públicos e de utilidade pública.

Em linhas gerais, sendo a função administrativa um plexo de atividades com o fim de atingir o interesse público, somado ao fato de se tratar de atividade secundária, haverá sempre a perfectibilização do interesse público, ainda que meramente formal, quando a Administração Pública, enquanto no exercício de função administrativa, atuar no estrito dever de obediência aos ditames advindos das decisões primárias do poder, portanto, do povo.

Dão conta de confirmar a assertiva acima os variados paradigmas possíveis adotados por um ou outro Estado que, a depender da opção política primária tenderão a um

⁴¹ ANDRADE, Vieira de. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/VAndradeII.pdf, pag.5

⁴² Cfr. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008. As limitações ao direito de propriedade, segundo o autor, esbarram na mais gravosa restrição, que se dá por meio da desapropriação, além das hipóteses de requisição servidão administrativa e tombamento. O autor fornece uma classificação de atividades administrativas, diversa da mencionada no corpo do trabalho. A despeito disso, as classificações tendem a englobar as atividades que a Administração Pública deva exercer na concretização do interesse público. Para Bandeira de Mello, são atividades da administração: prestação de serviços públicos e feitura de obras públicas; concessões e permissões de serviço público e seus regimes jurídicos; intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social; poder de polícia; poder disciplinar (apuração de infrações e aplicação de sanções administrativas, excluídas as decorrentes do poder fiscalizatório).

⁴³ No direito brasileiro a expressão comumente usada para identificar essa atividade administrativa é *intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social*. Cfr. Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Maria Sylvia Zanella di Pietro.

grau de repatriação de interesses privados para a esfera do público, por meio de uma juspublicização do privado, ou em sentido antagônico, uma renúncia estatal de prestações ‘originalmente’ públicas direcionadas ao campo da administração privada dos interesses. Haverá mais Estado na primeira hipótese e menos intervencionismo na segunda hipótese (como exemplos: perspectivas liberal, neoliberal, assistencialista, comunitarista, dentre outras).

A Constituição deve ser, primacialmente, a bússola a orientar a Administração Pública. O primeiro motivo decorre da estrutura hierárquico-normativa adotada em modelos em que prevalece o Estado de Direito (preferencialmente, democrático), sob pena de, *a contrario sensu*, reproduzir-se um modelo de atuação inconstitucional⁴⁴.

Não é demais lembrar que o princípio da constitucionalidade, expresso ou implícito, emana e vincula toda a ordem jurídica, assim como o princípio da supremacia da Constituição. Inobstante se vislumbre esse substrato acolhedor e vinculante da atividade da Administração Pública, leva-se em consideração a existência de regras e princípios constitucionais regentes da Administração Pública.

Aqui não se faz referência a disposições constitucionais atinentes à dinâmica das estruturas de poder, como antecipado nesse trabalho em tópico precedente, porque se relacionam à divisão funcional do poder, embora influenciem a Administração Pública. A atividade de distribuição de poderes do constituinte, de organização e estruturação do poder, não deixa de ser, em última instância uma atividade administrativa.

Ora, a confecção do texto constitucional transmite (ao menos idealmente) o modo pelo qual a Constituição determinará a vida em sociedade. Essa atividade de colocar “pingos nos ‘i’s” , de ajustamento, é uma atividade de gestão. Contudo, esse critério não serve para identificar a atividade administrativa, pois essa decorre diretamente dos mandamentos constitucionais e legais incidentes sobre a ordem jurídica que a vincula.

⁴⁴ Reconhece-se, sobretudo, a existência de normas constitucionais inconstitucionais, cfr. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Editora Almedina, 1994.

Ainda sobre a função administrativa, essencialmente nas constituições analíticas é bem comum a inclusão de dispositivos constitucionais ligados à atividade administrativa propriamente dita.

Essas atividades variam quanto ao conteúdo, não havendo óbice à inclusão de matérias administrativas constitucionalizadas por meio de normas gerais, cuja atividade normativa específica ou complementar ficaria ao encargo do legislador ordinário ou ao encargo de regras específicas, as quais vinculariam diretamente a atividade do administrador.

Desta feita, a relação entre função administrativa e Constituição, capacita o administrador à compreender a reserva de administração e preservação das funções que lhe são próprias, mesmo que sua apreensão lógica e racional tenda a variar na medida em que analisada, em cada Estado⁴⁵.

2.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL

Derivada da junção dos termos latinos *juris* + *dictio*, a sua etimologia produz, no âmbito da literalidade, o seu significado: dizer o direito. Instituiu-se, portanto, a premissa básica de que jurisdição é a atividade do poder estatal de *dizer o Direito*.

Sem a pretensão de estender o estudo sobre a jurisdição, importa, sim, expor algumas referências capazes de trazer, sobretudo, a relevância da dita função jurisdicional. Primeiro, porque diverge de todas as demais desempenhadas pelo Estado. Segundo, porque do resultado da sua atividade resulta a concretização do Direito no mundo dos fatos, com força impositiva. Ademais, no paradigma de Estado de Direito democrático, a função jurisdicional surge como um pacificador social, atento e garantidor dos direitos, interesses, liberdades e garantias fundamentais, inclusive, face ao próprio Estado.

⁴⁵ Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 121.

São incontáveis as prestimosas contribuições sobre a função jurisdicional, bastando, aqui, informar o seu conceito, bem como algumas de suas principais características.

Ab initio, cabe asseverar que a jurisdição é a atividade desempenhada por quem competente para o exercício da função jurisdicional. Logo, ao Poder Judiciário cabe dizer o direito, quando instado a se manifestar, impositiva e imparcialmente, por meio de um processo legal organizado. Há que se ter em conta, sempre, que a atuação do Estado observará o ordenamento jurídico constituído pelo conjunto de normas editadas pelo Estado, de tal modo que a aplicação do Direito se faça sentir nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas⁴⁶.

A jurisdição é, portanto, o poder-dever e atividade do Estado, que por meio do *ius imperii* e do processo, decide conflitos de interesse, impondo seu resultado aos litigantes, na função de dizer e realizar o direito. Volta-se para a solução de conflitos de interesses intersubjetivos, controle de condutas antissociais e da constitucionalidade normativa, através de órgãos especializados que aplicam o direito adequado ao caso concreto, utilizando seu poder de império para que suas decisões sejam cumpridas, promovendo uma sociedade dotada de paz social e justiça.

Do ponto de vista estrutural, “a função jurisdicional reafirma o Estado como a organização política mais importante de uma sociedade. O Estado propõe o direito que deve ser cumprido (função primária). Através da jurisdição impõe o cumprimento desse direito (função secundária)”.⁴⁷

Interessa à presente monografia, ressaltar que a jurisdição é um princípio constitucional correlato aos princípios da inafastabilidade de jurisdição, do devido processo legal e da tutela jurisdicional efetiva.⁴⁸

⁴⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 76.

⁴⁷ VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. *A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento*. In: Revista da EMERJ; Vol. 13. N.º 51, 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54243/relevancia_funcao_jurisdicional_vieira.pdf, p. 187.

⁴⁸ Na defesa da função jurisdicional como procedimento em contrário, onde as partes, não só o juiz, atuam como atores da produção do direito *in concreto*, tendo por comando a observância do princípio constitucional do *due process of law*. Cfr. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado...*, p. 77-78. Para o autor, amparado na doutrina processualista italiana de Cappelletti e Chiovenda: no Estado Democrático de Direito, esse um princípio de ordem constitucional, impregna o conteúdo da função jurisdicional o dever

Esses, entretanto, tem operabilidade condicionada, uma vez que o Poder Judiciário atua mediante provocação do interessado. Após o *start* inicial, a propulsão oficial inere à atividade jurisdicional, já não mais dependente daquele que a tenha provocado.

No seio dessa interrelação, também se aponta o princípio e garantia de acesso à Justiça, numa relação de precedência, ligado aos princípios enunciados, de modo a permitir a efetivação da ordem jurídica, ao granjear à quem interessado, lesado ou ameaçado de lesão a direito, interesse ou garantia, acessar a jurisdição.

No último capítulo, procurar-se-á tecer as implicações de se obter a prestação de uma adequada função jurisdicional no tocante aos atos políticos.

2.3 FUNÇÃO LEGISLATIVA

Após a exposição, *en passant*, do que venha a se entender por função jurisdicional, cabe dizer algo sobre a função estatal legislativa, que pode ser empreendida, primordialmente, pelo Poder Legislativo, sem o embargo de também serem delegadas competências ao Poder Executivo no que concerne ao poder de legislar.

À essa função, liga-se, sobremaneira, a atividade de produzir atos normativos, sendo a lei⁴⁹, a atividade por excelência, a despeito das espécies de leis que cada ordenamento jurídico disponha.

de concretização dentro de uma estrutura constitucionalizada do processo, além do que, a declaração final do Estado, decorrente do poder de cumprir o dever de prestar *jurisdictio*, sempre que provocado por qualquer do povo ou qualquer órgão estatal, sob a forma de decisão sentença, acórdão, provimento proferidos, jamais será apenas um ato isolado do órgão jurisdicional, senão um ato construído pelas partes, competindo ao julgador descrever o direito no caso concreto. A nosso sentir, com a devida vênia, essa extensão não abarca todas as hipóteses em que o Poder judiciário 'diga o direito'. Exemplifica-se por intermédio das Ações Diretas de Constitucionalidade, no Brasil, as quais decorrem de um juízo de direito sobre a norma em abstrato, em que não há fato, senão somente direito (norma).

⁴⁹ Llorente afirma que "sólo cuando se sabe lo que la ley es, puede atribuirse, en efecto, un significado concreto a los preceptos constitucionales que reservan a ley determinadas cuestiones y pueden resolverse los muchos problemas concretos que suscita la habitación que el legislador concede a la Administración para regular por vía de Reglamento materias determinadas." LLORENTE, Francisco Rubio. *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución*. In: Revista de Administración Pública. Nums. 100-102. Enero-diciembre, 1983, p. 418.

Sob o viés hierárquico, a lei vem preencher os espaços que a Constituição não tenha adentrado ou vem, em graus diferenciados, possibilitar a concreção da norma fundamental em determinada ordem jurídica. Assim, é certo que a lei exerce papel deveras relevante na ordem jurídica do Estado de Direito.

Porém, no que se refere aos espaços não ocupados pelo legislador, vale ressaltar que não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio. “Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar. É que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, fundamento objetivo, devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis”⁵⁰

Ressalva-se, com isso, os riscos advindos da inflação legislativa, como a defasagem e deterioração do complexo conjunto normativo estatal. Normas inócuas, carentes de razão material, inefetivas, provocam, indubitavelmente, o fenômeno da simbolização legislativa. Além disso, refletem uma fragilidade dos parlamentares e tendem a gerar um índice negativo de credibilidade representativa, a atacar a própria legitimidade institucional e dos representantes do Parlamento.

Não sendo o caso de se analisar a função legislativa apenas pelo viés, pura e simplesmente da atividade produtora de leis, mas também da correlação que exista entre lei, Constituição e direitos e garantias fundamentais, mister efetuar algumas pontuações.

Pressupõe-se como um dos elementos característicos da lei (*lato sensu*) a capacidade de inovar na ordem jurídica. Em virtude disso é que, *a priori*, sustentaria-se uma ampla discricionariedade do legislador para tratar exhaustivamente sobre tudo aquilo que a Constituição não vedasse. E em parte isso é verdade, donde se concluir que o

⁵⁰ Cfr. MENDES, Gilmar. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002 – 2010*. 1. ed. 2ª tiragem. Editora Saraiva, p. 80.

legislador cometerá o vício de inconstitucionalidade sempre que incorrer na edição de norma, formal e/ou materialmente, *contra constitutionem*.

Mas a questão que se coloca não é exatamente essa. A Constituição brasileira de 1988 dispôs, dentre os variados assuntos, sobre os direitos e garantias fundamentais na forma prevista no seu artigo 5º.

A eles atribuiu eficácia plena e aplicação direta, com vistas à densificação plena de conteúdo, conforme o art. 5º - (...) , § 1º, nos seguintes termos: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”.

Em certa maneira, contudo, pode-se vislumbrar uma limitação do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, o que também diz respeito à sua aplicabilidade.

Diversamente de outros países, dentre os quais Alemanha e Portugal⁵¹, o constituinte brasileiro não estabeleceu cláusula expressa de restrição de direito fundamental. A despeito disso, com base no texto de alguns dispositivos inseridos no art. 5º da CRFB/88⁵², em que figuram expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, alguns doutrinadores ‘tomaram por empréstimo’ (de Portugal, da Alemanha etc.) a teoria da reserva legal aplicada a direitos fundamentais⁵³.

⁵¹ Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 610. Nesse sentido, a constituição portuguesa, em seu art. 18, 2, dispõe: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição [...]”. Já a constituição alemã, em seu art. 19, 1, prevê: “Caso um direito fundamental possa, pelo disposto nesta Constituição, ser restringido por lei ou em virtude de lei, tal lei deverá ser geral e não valer apenas para um caso específico”.

⁵² V.g. Art. 5º - (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;. Esses referentes à reserva legal simples. Em seguida, também os incisos: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;. Esses seriam exemplos de reserva legal qualificada. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações*, pp. 236 e ss.

⁵³ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 232 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 37-38; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, pp. 75-77; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o*

No entanto, o constituinte estatuiu um elenco de 78 incisos, entre direitos e garantias fundamentais, em que a maioria das normas ali previstas não guardam propriamente uma reserva legal. Mais do que isso, recorrer à reserva legal (simples, qualificada ou ausente) geraria uma irrestringibilidade aos direitos fundamentais cuja prescrição independesse da atuação do legislador e imporia a não restrição, pelo legislador, a esses direitos.

Nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno. Nem restrição, nem absolutização. O que importará, no caso brasileiro, tratar a efetividade dos direitos fundamentais por outras vias que não o prisma da reserva de lei.

Daí que se defende neste item a atuação parcimoniosa do legislador, notadamente nos casos em que a Constituição não expressamente tenha limitado (restringido) algum direito fundamental.

A opção por relatar esta intimização da lei, reserva de lei e Constituição se ajusta ao que adiante se dirá quanto à possibilidade (ou não) de controle dos atos políticos, a lhes impor alguma limitação, como poderá ocorrer com os direitos e garantias fundamentais.

2.4 FUNÇÃO POLÍTICA⁵⁴

Traçar um esboço acerca da função política estatal servirá para fundamentar a necessária relação entre os atos advindos da prática política e suas respectivas implicações, praticados por diversos sujeitos, nomeadamente os praticados pelo Poder Executivo na condução da coisa pública.

controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 163-166.

⁵⁴ Consoante Cristina Queiroz, “Hoje, todavia, a democratização do Estado, a acomodação da política a um domínio constitucional, afastam decisivamente os últimos obstáculos ao seu pleno reconhecimento como função constitucional autônoma. Concebida e estruturada como ‘delegação constitucionalizada’ do soberano, a função política traduz muito mais do que a simples afirmação de uma actividade governamental *tout court*.” QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.112.

A ciência jurídica tem apresentado preocupação com a temática, que granjeia defensores em favor da amplíssima liberdade dos governos, como também, em sentido inverso, há quem defenda zonas de delimitação das ações de cunho político perpetrados pelos agentes políticos.

Essa abordagem nos remete à relevância do estudo, porque desaguará na problemática do controle e da responsabilização do ato político, sem sequer adentrar na linha tênue que porventura exista entre atos políticos e atos administrativos, assim como eventual tratamento administrativo a atos políticos e vice-versa.

Tem-se sustentado que as funções estatais não podem ser concebidas nos padrões da frança revolucionária. Mais que isso, a nova roupagem a que se dá ao princípio da separação dos poderes implica a sua adoção como critério operativo racional. E é nesse sentido que a função política deve ser compreendida e enquadrada. Deve ela servir aos preceitos constitucionais, sendo, a um só tempo, limitada pela Constituição e prospectiva na realização de sua finalidade, qual seja, a finalidade política.

Mais que isso, deve ser compreendida como a expressão da vontade estatal, sem que essa tarefa esteja confiada exclusivamente a uma única autoridade ou um definido grupo de autoridades dentro do governo. Até mesmo por ser indesejável que determinada autoridade ou grupo de autoridades do governo se dediquem com exclusividade ao exercício da função política⁵⁵.

Tendo em conta o sentido atribuído ao princípio da repartição de poderes, tem-se que a função política possui realidade constitucional autônoma e se irradia no seio de todos os órgãos constitucionais.

O que permitiria inferir a existência de manifestação da função política na esfera dos órgãos administrativos e jurisdicionais.

Marcelo Rebelo de Sousa conceitua a função política como aquela que “corresponde à prática de actos que exprimem opções sobre a definição e prossecução dos interesses essenciais da coletividade, e que respeitam, de modo directo e imediato, às

⁵⁵ No mesmo sentido, vide: GOODNOW, Frank. *La función política...*, p. 173.

relações dentro do poder político e deste com outros poderes políticos.⁵⁶ Adiciona-se à função política uma outra característica específica, qual seja: uma decisão *inovatória* do interesse público na prossecução dos objetivos estatais⁵⁷.

Com o afã de separar a função de governo da função administrativa, Diogo de Freitas Amaral expõe os seguintes critérios: a) finalidade: a função política tem como fim específico definir o interesse geral da coletividade, enquanto a função administrativa se presta a realizar o interesse geral definido pela política, b) objeto: a função política se ocupa das decisões de grande vulto e que impactam os rumos da nação e a administrativa consiste em satisfazer, regular e continuamente, as necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar social; c) natureza: a função política é criadora, pois inova em tudo quanto seja fundamental para conservação e desenvolvimento da sociedade, enquanto a função administrativa tem natureza executiva, ao por em prática as diretrizes emanadas do poder político; d) caráter: a função política reveste um caráter livre e primário; a função administrativa, por seu turno, possui caráter condicionado e secundário; e) orgânico: a política pertence por natureza aos órgãos superiores do Estado, enquanto a administração pública, ainda que sujeita à direcção ou fiscalização desses órgãos, está na maioria dos casos entregue a órgãos secundários e subalternos, bem como a funcionários e agentes administrativos, e a numerosas entidades e organismos não estaduais.⁵⁸

Na mesma linha, José Manuel Sérvulo Correia afirma que a “função política traduz-se numa actividade de ordem superior, que tem por conteúdo a direcção suprema e geral do Estado, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade e a coordenação das outras funções à luz destes fins”.⁵⁹

Em decorrência da formação histórica da jurisdição administrativa, em Portugal, refratária do modelo francês, a questão da função política foi problematizada pelo Supremo Tribunal Administrativo que se manifestou da seguinte maneira⁶⁰:

⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de direito administrativo*. Vol. I. Lisboa: Editora Lex, 1999, p.8.

⁵⁷ MORAIS, Blanco de. *Manual de Direito Constitucional...*, p.26

⁵⁸ Cfr. AMARAL, Diogo de Freitas. *Curso de direito administrativo*. 3. ed., Vol. .I. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 44.

⁵⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Vol. I. Ed. Danúbio, Lda. Lisboa, 1992, p. 30.

⁶⁰ Cfr. CALDEIRA, Marco. *Actos políticos, direitos fundamentais e constituição*. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 36,37.

- a) “ A função política corresponde à prática de atos que exprimem opções fundamentais sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade” (STA - Acórdão proferido no processo nº 045990, Rel. Pires Esteves, em 2001, e processo nº 01143/06, Rel. Jorge de Sousa, em 2007);
- b) “ A função política define o interesse geral da colectividade tendo por objecto as grandes opções que o país enfrenta ao traçar os rumos do seu destino colectivo” (v. Ac. STA – processo nº 048174, Rel. Pires Esteves);
- c) “ À função política respeitam as opções fundamentais para a defesa dos interesses gerais da comunidade e à administrativa a forma e os meios com que, na oportunidade, se vão cumprindo esses interesses superiormente definidos” (v. Ac. STA – processo nº 044693, Rel. João Belchior);
- d) “ A função política traduz-se numa actividade de ordem superior, que tem por conteúdo a direção suprema e geral do Estado, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade e a coordenação das outras funções à luz desses fins” (v. Ac. STA – processo nº 0390/09, Rel. Pires Esteves);
- e) “ A função política consiste na definição e prossecução do interesse geral da colectividade e na correspondente escolha das opções destinadas à melhoria, preservação e desenvolvimento do modelo económico e social escolhido, por forma a que os cidadãos se possam sentir seguros e possam alcançar os bens materiais e espirituais que o mesmo é susceptível de lhes proporcionar” (v. Ac. STA – processo nº 0713/2010, Rel. Costa Reis e processo nº 0855/2010, rel. Rui Botelho).

Enquanto a função política é uma realidade institucional portuguesa, alçada à categoria de função primária do Estado, assim como ocorre em outros países europeus (Itália, França, Espanha etc), e caminha no sentido da profundização do estudo da função política como função de Estado autónoma e constitucionalizada, a doutrina brasileira, de maneira muito singela, sequer traz a discussão à tona de modo categórico.

Não se está a dizer que no Estado de Direito brasileiro não sejam praticados atos políticos *strictu sensu* ou que não se reconheça a prática de atos políticos ou de cariz político. Está-se a dizer que pouco se menciona no campo do estudo desse objeto.

Logo, deve-se procurar a resposta às seguintes indagações: Por que é que não se tem um desenvolvido estudo dos atos políticos? Ou, ainda, seria o caso de se estudar o ato político no âmbito da República Federativa do Brasil? Essas perguntas hão de ser apresentadas, ao final deste trabalho, a fim de permitir uma apreciação crítica sobre as possibilidades de se enfrentar a questão dos atos políticos, ainda que minimamente.

CAPÍTULO II – SISTEMAS DE GOVERNO

A tese da separação funcional de poderes está expressamente prevista como norma estrutural da Constituição Brasileira, ao definir que todo o poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos, nos termos nela descritos⁶¹, sendo que o exercício dessa soberania popular se dá por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Para a concretização da vontade popular, o Estado brasileiro se reparte, organicamente, em ‘poderes’ Judiciário, Legislativo e Executivo⁶², resguardadas as competências que constitucionalmente lhes foram atribuídas.

Embora seja uma conclusão básica, a manifestação direta do poder, pelo povo, atinge apenas os poderes Legislativo e Executivo, uma vez que o exercício dos mandatos decorre da regular realização do processo eleitoral. O poder Judiciário, por seu turno, não se vincula à opção popular⁶³.

Daí que se permite apontar uma eventual restrição à plenitude do poder do povo, pois o voto direto e secreto é a manifestação direta da sua vontade, pela qual são constituídos os seus representantes. Como o poder Judiciário não é eleito pelo voto popular, é plausível sustentar, no mínimo, um menor grau de legitimação popular decorrente do método de composição do Poder Judiciário.

Esse raciocínio, a uma, pode levar ao fortalecimento da tese do poder uno, conferindo-lhe um caráter integrativo operacional das funções de poder; a duas, pode provocar o efeito inverso, qual seja, a ideia de diminuição do grau de legitimidade do Judiciário, como dantes se mencionou.

⁶¹ CRFB/88 - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶² CRFB/88 - Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶³ Cabe frisar que são suscitadas teses que se ocupam em acusar um déficit de legitimidade ao Poder Judiciário, em virtude da sua legitimidade constitucional indireta, como ocorre na Constituição brasileira, uma vez que não são eleitos diretamente pelo povo, nem diretamente pelos representantes do povo.

No entanto, a despeito de não serem eleitos diretamente pelos cidadãos, os membros do Poder Judiciário fundamentam que a sua legitimidade democrática decorre da própria Constituição quando ela atribui expressamente a função de guardião da Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

Com isto, o Tribunal Constitucional brasileiro, ao fazer cumprir as normas constitucionais, estaria necessariamente a garantir a manutenção pacífica dos órgãos e estruturas de poder nela desenhados. E ao proceder dessa maneira, o déficit de legitimidade deixaria de existir.

Esse é apenas um de vários fatores que atacam a teoria da tripartição de poderes, dentre os quais também se poderia apontar a forma e o sistema de Governo, certo que as relações interorgânicas advindas do cotidiano estatal, impregnadas de opções políticas, produzem uma conformação, ou distorção, de um modelo pretensamente satisfatório de divisão funcional de poderes.

Como se sabe, não é nova a confecção tripartite do poder e os países que a adotam vêm, cada um à sua maneira, procedendo com ajustes institucionais, com vistas à garantia da estabilidade⁶⁴.

A revisitação do princípio da separação dos poderes não deve ser abordada por meio de um pontual estudo cujo objeto seja a doutrina da separação dos poderes. Demanda, sim, a revisitação contínua, com seus influxos próprios do tempo, das disposições constitucionais acerca das competências delegadas a cada um dos poderes, assim como a pretensa harmonia que há de ditar a relação entre os entes ou órgãos, ao superar a disposição formal da Constituição, sem desrespeitá-la.

Desta feita, pode-se falar na ocorrência de sistemas de governo que, a pretexto de ver garantida a estrutura formal dos poderes de Estado, acabam por lidar com a fuga ou o desrespeito à forma preestabelecida constitucionalmente.

⁶⁴ Um fator curioso a justificar, no mínimo, uma reflexão crítica do modelo tripartite de poderes foi apontada por Ramos Tavares, ao afirmar que “o constitucionalismo da antiguidade funcionou sem a separação de funções e, frequentemente, em conflito mesmo com este princípio. Isto reforça a ideia de que a preferência por um determinado tipo de divisão funcional do poder estatal está intensamente relacionada com as tradições e experiências de uma determinada nação”. TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite...*, p. 26.

A afirmação supra pode ser demonstrada por intermédio das variações materiais da dinâmica da separação funcional dos poderes identificadas com as mais variadas alcunhas.

Assim, em continuidade à colocação do ‘problema’ da divisão funcional dos poderes e às opções políticas de cada Estado, faz-se um recorte quanto ao regime político que subjaz o Estado de Direito, qual seja, o regime democrático⁶⁵. A adoção desse paradigma tem permitido experiências as mais variadas, no que se refere às formas de organização interna e divisão de competências relacionadas à divisão de poderes, ainda que formalmente.

Assim como são diversas as manifestações de organização política estatal, não apenas quanto à forma de governo, permite-se afirmar que a análise específica dessas competências estatais, sob a forma de distribuição, bem como o conteúdo e sujeito a quem se destinam, tem permitido captar a existência de sistemas de governo sob um enfoque distinto daquele resultante da teoria geral do Estado clássica.

Nesse passo, referenciam-se como pilares de análise os sistemas de governo presidencialista e parlamentarista⁶⁶, com a aposição de características que os marcam e os permitem distinguir um do outro, em prol da pedagogia do estudo⁶⁷. Além disso, também procura descrever algo sobre o semipresidencialismo, uma vez que é uma das alternativas intermédias entre os sistemas parlamentarista e presidencialista⁶⁸. Desse modo, passa-se a

⁶⁵ Qualquer referência que se faça, genericamente, ao termo democracia há de ser lida sem a problemática que o encerra, a não ser quando seja essa a intenção do autor. Nesse instante, basta entendê-lo por meio da apreensão etimológica, donde se extrai a ideia de Governo do povo [povo (demos) e poder (kratos)]. O meio pelo qual se concretiza o Governo popular demanda uma imersão particularizada dos sistemas e processos eleitorais de cada Estado, o que desde agora se dá ciência, embora não sejam abordados criteriosamente, nessa oportunidade. De todo modo, ressalta-se, consoante Blanco de Moraes, que um regime materialmente democrático requer os consentimentos dos governados, por livre consentimento, elejam e confirmam poder ao governante, desde que resulte “de um conjunto de condições materiais de genuidade e garantia, tais como a existência de um processo eleitoral pluralista, igualitário e competitivo; a equivalência objectiva entre as opções de poder, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias; a salvaguarda da repetibilidade do acto eleitoral de designação; e a necessidade de os órgãos soberanos eleitos, directa e indirectamente, guardarem entre si uma separação interdependente de competências.”. MORAIS, Carlos Blanco de. *As metamorfoses do semipresidencialismo português*. In: Revista Jurídica. N. 22. Lisboa: Nova Série, Mar.1998, p.143.

⁶⁶ Opta-se por restringir a análise desses dois sistemas, a despeito de reconhecer outros, como o sistema confederado ou diretorial, na Suíça. Quanto a esse, a sua exclusão pela particularidade do tratamento e mínima reprodução em sistemas estatais.

⁶⁷ Cfr. BAGEHOT, Walter. *La Constitución inglesa*. México, Unam, 2005. Nela o autor estabelece como opositores, o parlamentarismo e o presidencialismo.

⁶⁸ A fim de sustentar a importância de relacionar o princípio da separação de poderes, as funções do Estado e, por fim, o sistema de governo, Reis Novais pontua: “O equilíbrio ou o balanceamento entre os centros de poder efectivo é, em democracia representativa com divisão de poderes, um dos objetivos essenciais de qualquer sistema de governo. É, assim, que em sistema parlamentar o equilíbrio resulta tendencialmente do

descrever os pontos marcantes desses sistemas, os quais, *a priori*, serão observados de maneira estanque, apartada.

1. PARLAMENTARISMO

A origem do parlamentarismo remonta ao início do milênio passado, na Inglaterra, quando os reis ingleses contavam com um conselho auxiliador do reino, denominado *Privy Council*. A sua competência era consultiva, a cujos membros competiam opinar sobre diversos assuntos de relevância, obtendo alguns deles um peso maior sobre as opiniões que forneciam. Esse seleto grupo intestino de membros do *Privy Council* era denominado *Committee of State*, ou Cabinet. Essa atuação se repetiu na história inglesa até o século XVII, ocasião em que, ao fim da Revolução Gloriosa, em 1688, a situação veio a se alterar. Com ela, deu-se o divisor de águas que possibilitou efetuar o real nascimento do parlamentarismo. Se antes os integrantes do reino eram escolhidos exclusivamente pelo rei, após a revolução passaram a ser escolhidos por pessoas que dependiam da confiança parlamentar, resultado da vitória do governo representativo sobre o absolutismo.⁶⁹

Dá ser possível anotar em linhas iniciais que o sistema de governo parlamentarista é um sistema representativo em que o Parlamento e o Chefe de Estado, por meio de um gabinete competente perante a representação nacional, realizam a direção dos negócios públicos, efetuam a condução da política. Logo, há uma divisão entre poderes (Parlamento e Governo) que, apesar disso, interagem entre si com intimidade e em tom colaborativo, ao

facto de o Parlamento poder demitir o Governo, mas, em contrapartida, este também poder fazer dissolver o Parlamento. Em sistema presidencial o Parlamento não pode demitir o Executivo, mas, em contrapartida, também este não pode dissolver o Parlamento. Por sua vez, em semi-presidencialismo o sistema é mais complexo, dada a existência, não de apenas dois, mas de três centros de poder; todavia, o objectivo do equilíbrio não deixa de estar presente e de ser assegurado pelas seguintes características: o Parlamento pode demitir o Governo, mas, em contrapartida pode ser dissolvido pelo Presidente; por sua vez, o Governo não é uma pura emanção parlamentar, dado que exige a participação directa ou indirecta dos outros dois órgãos na sua formação, sendo, consequentemente, dotado da necessária autonomia e capacidade de auto-responsabilização.” Op. cit. NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de Poderes e Limites...*, p. 52, nota de rodapé 69.

⁶⁹ SALDANHA, Alcides. *Parlamentarismo e outros sistemas de governo*. Porto Alegre: AGE Editora, 1993, p. 69, 70.

menos teoricamente. Tanto que o princípio que inspira e conforma esse sistema de governo se assenta na confiança no Governo, pelo Parlamento.

Dentro da história política, pode-se relatar a existência de três modalidades de parlamentarismo, as quais se subdividem em: parlamentarismo dualista, parlamentarismo racionalizado e parlamentarismo misto.

Em linhas gerais, o primeiro deles é conhecido por parlamentarismo clássico, legítimo, autêntico, monárquico-aristocrático ou aristocrático-burguês. O modelo de parlamentarismo clássico advém do parlamentarismo britânico, ou parlamentarismo de Westminster. Sua configuração originária pode ser descrita pelo instante pós-revolucionário em que o Parlamento intensificou o controle sobre os atos do rei e também dos seus ministros, de tal modo que a governação passou a depender da aprovação dos parlamentares, fato que se comprova pela escolha de ministros com prestígio perante o rei e que também, porque necessário, tivessem bom trânsito com os parlamentares. Estava estabelecida a máxima: “O Rei reina, mas não governa”.⁷⁰

Outra forma de parlamentarismo é o que se denomina por parlamentarismo racionalizado que, diversamente do anterior, respalda-se num modelo de distribuição de competências mais complexas, de maior relevo, ao Parlamento. Por outro lado, o Chefe de Estado passa então a ter diminuída sua atuação *governativa* e figura em situação de mantenedor da moral da nação, a se chegar ao ponto de relatar sua posição meramente figurativa. Logo, uma vez que as competências governamentais se dirigem ao Parlamento, constitucionalmente instituídas, os Ministros hão de manter a confiança em relação à governação, sob pena de, perdida a confiança, virem a ser demitidos pelo Parlamento.

⁷⁰ Curiosamente, Saldanha relata um fato histórico que representaria a criação *natural* da figura do Primeiro-Ministro. A rainha Ana faleceu em 1714 e o Parlamento veio a escolher o bisneto de Jaime I, Jorge, para assumir o reinado, uma vez que a rainha não possuía herdeiros diretos. Entretanto, Jorge era alemão e mal se comunicava com os ingleses, o que o motivou a escolher alguém de sua confiança, fluente em alemão e inglês, a fim de intermediar a comunicação com os ministros e os parlamentares. Ademais, o rei participava das reuniões de gabinete e parlamentares, mas não compreendia as discussões, a não ser que o seu intérprete eleito o auxiliasse. Por tal motivo, com o tempo passou a se ausentar das reuniões e delegou as funções governativas ao intérprete. Com isso, acompanhava a condução da política por intermédio do seu ministro-intérprete e se limitou a dirimir cizânias entre o Parlamento e seu Gabinete. Dessa maneira, estava instituída a figura do Primeiro-Ministro, como representante do rei perante o Parlamento e membro de Gabinete do Governo. Pouco mais tarde, quando Jorge III assumiu e quis alterar essa prática de condução governativa, a comoção popular o fez retrair e manter a prática que, diga-se, alastrou para além da Inglaterra. SALDANHA, Alcides. *Parlamentarismo e outros sistemas...*, p. 70,71.

Por fim, há uma terceira via de parlamentarismo: o parlamentarismo misto. Esse se ramifica em outras modalidades a depender do pendor que nele esteja impregnado. São eles: parlamentarismo diretorial, presidencialista ou de equilíbrio. No parlamentarismo diretorial, a sua marca se dá pelo alto poder de comando pelo Parlamento, porque age em representação do povo, enquanto o Governo, apenas como representante da maioria parlamentar, acaba por se submeter às decisões parlamentares⁷¹.

O sistema parlamentar misto, de tendência presidencialista, seria aquele em que haveria um reforço da imagem do Presidente da República, como representante legítimo da democracia majoritária, ao fazer às vezes de guardião *político* da Constituição, além da função de mediador em possíveis conflitos entre os poderes legislativo e executivo⁷².

O parlamentarismo de equilíbrio, presente em constituições do pós Segunda Guerra Mundial, permitiu uma maior atuação do Chefe de Estado com funções de coordenação e controle sobre os poderes legislativo e executivo, afastando-se ainda mais da concepção clássica de parlamentarismo. Nesse espaço novo, embarcaram França, por meio da Constituição de 1958, e também Portugal, com a Constituição de 1976, a suscitar até mesmo uma transfiguração do modelo parlamentar para um sistema semipresidencial.

Dentre essas possibilidades inseridas no sistema parlamentar, há três que se apresentam em todas as formas, a seguir dispostas: a) interdependência dos poderes; b) responsabilidade política do Executivo perante o Parlamento; c) dissolução do Parlamento pelo Presidente da República. Não havendo uma delas, não há que se falar em parlamentarismo, portanto.

Outra característica relevante reside na distinção entre a pessoa que chefia o Governo e a que chefia o Estado.

⁷¹ Vale dizer que as subespécies de sistema parlamentar misto não devem ser interpretadas como sistemas invariáveis, de tal maneira que os elementos que o identifiquem permitam diferenciá-los de quaisquer outros sistemas de governo. Poderia-se cogitar, sem a humildade de incorrer em equívoco, que as flexibilizações de sistemas de governo, aqui e acolá, podem vir a tangenciar um ao outro. *Verbi gratia*, o parlamentarismo misto de tendência presidencial e o semipresidencialismo.

⁷² Cfr. SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. Editora Atlas, 2008, p. 344-346.

Sumamente, inclui-se dentre uma das grandes vantagens/virtudes do sistema parlamentar a existência da responsabilidade política⁷³, que torna possível a recorrente participação democrática nos atos de governação e fiscalização do programa de Governo.

Mais que uma recorrente vigilância do Governo, como se pretende, “È certo, ed è stato numerose volte constatato, che la forma, la quale si chiama parlamentare perchè ha come suo organo centrale il Parlamento, funzionante quale centro di convergenza e di mediazione delle varie correnti politiche del paese, attraverso la libera discussione e nel rispetto del principio maggioritario, presuppone una sostanziale omogeneità del tessuto su cui quelle correnti si innestano.”⁷⁴

A despeito das críticas e elogios incidentes sobre essa modalidade, a história tem dado conta de que o sistema parlamentar permanece presente em uma série de países, notadamente os europeus, razão pela qual foram estabelecidos seus contornos básicos, a permitir sua identificação.

2. SEMIPRESIDENCIALISMO

Uma vez trazidos os pontos fulcrais do sistema parlamentarista, importa relatar que suas concepções primárias vêm a sofrer alterações de fundo, a ‘flexibilizar’ as concepções ortodoxas, por decorrência das experiências históricas de cada Estado. Um dos fatores que justifica o reconhecimento dessas mudanças reside, num primeiro momento, pela própria condensação constitucional da organização das estruturas e poderes estatais e, num segundo instante, no alto grau de dinamismo das relações sociais e que se faz perceber pela vivência do texto constitucional.

⁷³ Cfr. em Portugal: LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Editora Almedina.

⁷⁴ MORTATI, Constantino. *Parlamento e Democracia*. N.11. Da Sudium, 1948. , pp. 507-516.

Vistos em extremos opostos⁷⁵, intensificam-se os casos em que se nota, ora uma aproximação ao presidencialismo, ora ao parlamentarismo.

Uma dessas vertentes está plasmada sob o que usualmente se denomina por semipresidencialismo. O exemplo mais próximo ao Brasil, ao se levar em conta a proximidade linguística, jurídica e histórica, advém de Portugal⁷⁶.

Sói esclarecer que foi através da Constituição francesa de 1958⁷⁷ que esse novel sistema de governo ganhou expressividade como um típico sistema político de Estado, com autonomia dogmática. Assim se pôde concluir, em virtude do modelo de divisão de ‘poderes’ interinstitucional francês que permitiu consolidá-lo como um sistema semipresidencialista⁷⁸.

Dentre as características mais marcantes do semipresidencialismo⁷⁹, tem-se a dupla responsabilização do Governo: responsabilidade política e a responsabilidade institucional perante um Parlamento e um Presidente da República, respectivamente⁸⁰.

No direito português, precisamente após a Constituição de 1976 e as seguintes revisões constitucionais⁸¹, perpetuam-se as seguintes características: diarquia do Poder Executivo; a faculdade do Presidente dissolver o Parlamento, desde que o mérito da

⁷⁵ A expressão *extremos opostos* serve apenas para afirmar que o sistema semipresidencial pode ser visto dentro desse extremo em que, de um lado reside o sistema parlamentar, e do outro, o sistema presidencialista.

⁷⁶ Para profundização do estudo em Portugal, vide: NOVAIS, Jorge Reis Novais. *O sistema semipresidencial português*. Coimbra: Editora Almedina, 2010. Na obra de dois volumes, o autor discorre detalhadamente sobre a forma como, a partir da Carta de 1976, Portugal lidou com essa dinâmica, além de retratar de forma contextualizada, as intervenções presidenciais.

⁷⁷ Na metade do século passado em diante tem-se manifestações particularizadas de sistemas de governo, quais sejam: sistemas semipresidencialistas de pendor presidencial reforçado, como o caso russo; na França, teria-se o sistema de pendor presidencial simples; com viés parlamentar simples, observar o caso austríaco; o sistema primo-ministerial e parlamentar mitigado, no caso português, sendo o primeiro perceptível nos anos de 1978 e o segundo no pós 1995. MORAIS, Carlos Blanco de. *As metamorfoses do semipresidencialismo...*, p.149.

⁷⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *As metamorfoses do semipresidencialismo...*, p.142.

⁷⁹ Na linha de um regime semipresidencial similar ao sistema de governo parlamentar com regime democrático. COLLIARD, Jean-Claude. *El poder en el semipresidencialismo*. Cuestiones Constitucionales. N. 20. Enero-junio 2009.

⁸⁰ Comunga dessa característica, Maurice Duverger, que também adicionou a eleição do Chefe de Estado por sufrágio universal, como nota essencial do sistema semipresidencial.

⁸¹ O artigo de Carlos Blanco de Morais, de 1988, encampa as revisões constitucionais ocorridas até 1997. Logo, ficam excluídas as revisões de 2001, 2004 e 2005, as quais guardam conteúdo político. Podem ser integralmente consultadas por meio do link:

<https://www.parlamento.pt/RevisoesConstitucionais/Paginas/default.aspx>.

questão seja político⁸²; eleição do Presidente da República por sufrágio universal e a dantes mencionada dupla responsabilização do Governo⁸³.

Mais do que isso, para a caracterização de um sistema semipresidencialista o Presidente haveria de conter poderes (competências) constitucionais sem a dependência de referendo ou outra forma de aquiescência do Primeiro-ministro.

Entrementes, a depender da conformação constitucional dos sujeitos exercentes de poder, o sistema semipresidencial a que se fez alusão alhures pode se inclinar para um aspecto predominantemente presidencial, parlamentar ou diretorial (governativo).

Pender para um sistema de governo demanda perceber os critérios que venham a contribuir com essa predominância. De antemão, o primeiro deles pode ser manifestado pela correlação do texto original da Constituição e seus processos formais de alteração posteriores. Além desse motivo, outro seria a legislação de regência do sistema partidário que acaba por (re)desenhar o sistema eleitoral e a composição parlamentar⁸⁴, consequentemente.

Ainda, uma vez definidos o Chefe de Estado, o Chefe de Governo e os Parlamentares, há que se ter em conta possíveis arranjos políticos a desembocar num governo com viés presidencialista ou parlamentarista. Assim se diga nos casos em que a maioria parlamentar que elege um presidente não coaduna com uma mesma maioria que escora o Governo (coabitação). Nessa hipótese, o resultado é indefinido, *a priori*. Dependerá, nesta senda, de razões que transcendem as motivações jurídicas. Noutro passo, quando então as maiorias parlamentárias coincidirem em prol do presidente e do Chefe de Governo, ter-se-á confluência de posições. Daí que, sendo a maioria mais devota ao Chefe de Estado, a vivência política revelará um pendor presidencialista ao sistema

⁸² Cfr. Blanco de Moraes, esse traço representar como “a mais decisiva competência ‘moderadora’ do Chefe de Estado.

⁸³ Nesse sentido: MORAIS, Carlos Blanco de. *Parte III da Constituição da República: Semipresidencialismo “on probation”?* In: A Constituição Revista (e-book). José A Tavares et ali. Abril 2011. Disponível em: <https://www.ffms.pt/FileDownload/f5364903-05f6-48b0-8085-406278391860/a-constituicao-revista> . p. 65.

⁸⁴ A título de ciência, a eleição para Deputados Federais, no Brasil, é feita pela adoção do sistema proporcional, que dispõe de regras especiais diretamente atreladas ao quociente eleitoral (soma das vagas de deputados dividido pelo número de votos válidos durante uma eleição), cujo interessante regramento ocasionou um curioso fato nas eleições gerais do ano de 2014, qual seja: dos 513 Deputados Federais eleitos, apenas 36 deles foram eleitos com base nos votos dos seus eleitores.

semipresidencial. Sendo a maioria parlamentar capitaneada pelo Chefe de Governo, por suposto, ter-se-á um semipresidencialismo com viés parlamentarista.

Tanto nos casos em que se esteja diante da coabitação ou da confluência, os sistemas semipresidenciais, assim como os presidencialistas e parlamentaristas, sofrem as intercorrências da atividade política, a acarretar, eventualmente, a alteração de sua índole. Isto, porque o agir político é deveras dinâmico. Entretanto, não se permite olvidar que as oscilações estarão vinculadas aos preceitos normativo-constitucionais.

3. PRESIDENCIALISMO

Outro sistema de governo amplamente difundido nos países ocidentais, cuja origem remonta aos convencionais da Filadelfia, denomina-se presidencialismo. Assim como o parlamentarismo, o sistema presidencial possui características próprias que permitem identificá-lo⁸⁵.

Um de seus principais atributos diz respeito à concentração da chefia de Governo e chefia de Estado na pessoa do Presidente. Outra nota identificadora consiste na separação relativamente forte entre Parlamento e Governo, o que permite afirmar que a estrutura de poder é bicéfala, pois angaria a legitimidade dos membros do Parlamento assim como do Presidente, porque eleitos pelo povo. O que não ocorre no sistema parlamentar, que possui uma estrutura monocéfala. Ainda sobre a legitimidade popular, cabe dizer que o Presidente é eleito diretamente.

Enquanto no sistema parlamentar o Governo se subsume à possibilidade de demissão, como responsabilização política, o mesmo não se pode dizer para o sistema presidencialista, uma vez que o Congresso não é capaz de ‘retirar’ o Governo, senão pelo procedimento de *impeachment*. De outra parte, também o Presidente não pode dissolver o Parlamento, no sistema presidencial.

⁸⁵ Cfr. NOHLEN, Dieter. *El presidencialismo comparado*. In: Revista Instituto de Altos Estudos Europeos. N.1. p. 7. Disponível em: <http://www.iaee.eu/riaee/num1/riaee1art1.pdf>.

Essas são as características nucleares dos sistemas presidencialistas, a despeito de seus variados matizes.

Daí que, a partir da distribuição de poderes e competências num sistema presidencialista, pode-se apurar o grau de robustez do presidencialismo. Servem como pequenos moderadores (indicadores) os poderes e competências titularizados pelo Presidente, conforme a seguir: a) o poder de veto; b) o poder de veto parcial; c) a competência para editar decretos; d) a iniciativa legislativa exclusiva em assuntos determinados; e) iniciativa da lei que dispõe sobre orçamento; f) competência para propor referendos; g) nomeação autônoma e independente do próprio Ministério (Gabinete); h) exoneração autônoma e independente do Ministério; i) censura; j) dissolução do Parlamento⁸⁶.

Dos dez poderes e competências relacionados, os sete primeiros dizem respeito à matérias legislativas e as demais, referem-se à matérias não legislativas.

Além dos poderes e competências arrolados acima, a eles se adicionam outros mais, a intensificar o vigor presidencial de determinado Estado, quais sejam: a) competência para deflagrar o processo de emenda à Constituição; b) poder de indicar os juízes da Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal, no Brasil); c) legitimidade para propositura de ação de controle de constitucionalidade; d) exercício de poderes excepcionais durante estados de defesa e estado de sítio; e) indicação de nomes para preenchimento de outros cargos importantes, tais como, presidente do Banco Central; f) permissão para se candidatar à reeleição⁸⁷.

Logo, tanto mais um Presidente titularize esses ‘indicadores’, ampliando o feixe de poderes e competências, maior será sua robustez presidencial. Ao revés, quanto menores os poderes e competências, menores serão as chances de governabilidade centralizada na figura do Presidente. Essa é, com o devido zelo, uma confirmação teórica, tão somente.

Tem-se, de modo sucinto, traçados os elementos a identificar o sistema presidencial.

⁸⁶ Cfr. SHUGART, Matthew S.; CAREY, John. *Presidents and Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

⁸⁷ Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *El sistema presidencial en los regimes federales*. In: *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. UNAM. 2009, p. 298.

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

4.1 O SISTEMA PARLAMENTARISTA NO BRASIL

O Brasil já conheceu o sistema parlamentar de governo em poucas ocasiões. Após sua independência, no ano de 1822, adveio a Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, a qual manteve a autonomia do Imperador para nomear livremente seus ministros, afastando-se qualquer levante em favor do parlamentarismo. No entanto, a monarquia constitucional consagrou como soberanos: o Imperador e o Parlamento, por meio da Assembleia-Geral. O que teria suscitado nuances de um parlamentarismo não oficial.

Mas foi em 1847 que o Imperador D. Pedro II criou o cargo de Presidente do Conselho de Ministros numa tentativa de conter os exaltados ânimos políticos, a indicar, com essa medida, uma aproximação com o sistema parlamentar. Contudo, o parlamentarismo não vingou nesse período nem na Constituição de 1891, refratária da proclamação da República presidencialista de 1889.

Sessenta anos depois da Constituição de 1891, num quadro de alta instabilidade política, após a queda do Presidente Jânio Quadros e a posse do Presidente João Goulart, foram promovidas tentativas de evitar a eclosão de uma revolução civil, a qual pleiteava reformas estruturais, como a fundiária, previdenciária e econômica. Nesse passo, o Ato Adicional de 1961 concedeu ao Conselho de Ministros a responsabilidade perante o Congresso Nacional, no tocante a um feixe de atribuições dantes exercidas pelo Presidente da República⁸⁸.

Apesar de ter sido uma estratégia diante do recuo dos militares, naquele instante viu-se como saída a implantação do sistema parlamentar, o que conspira em favor de uma

⁸⁸ No sentido de um quase parlamentarismo brasileiro: “Por su parte, la experiencia democrática cuasi parlamentaria de Brasil durante el gobierno de Goulart (1961-1963) es generalmente percibida como un fracaso, resultado de la improvisación para afrontar la dimisión del anterior presidente Quadros y evitar una guerra civil. El “ejemplo” brasileiro es desde entonces considerado paradigmático del desastre a que puede conducir el parlamentarismo implantado sin atención al contexto. Hay que agregar que, aun cuando durante la segunda mitad del xix, Brasil conoció una monarquía cuasi parlamentaria, se trató de un régimen en el que las apuestas principales concernían a la autonomía de las provincias respecto al reino central y las prerrogativas del Parlamento frente al rey.” Cfr. LAMOUNIER, Bolívar. “*Brazil: Toward Parliamentarism*”, In: LINZ, Juan ; VALENZUELA, Arturo (eds.). RUIZ, José Fernando Flórez. *Parlamentarismo frente a presidencialismo*. p. 135-158, p 143.

ainda frágil república presidencialista incapaz de se socorrer com os mecanismos institucionais de que dispunha. Fato é que a alteração surtiu êxito e abafou o afã popular revoltista. Entretanto, já em 1964, sob a máscara de um sistema presidencialista, o Brasil viveu por alguns anos a preterir a democracia como regime de governo, além de um empoderamento exacerbado dos presidentes militares.

Ainda uma ideia persistente, o sistema parlamentar foi objeto de plebiscito cinco anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, o povo optou pela manutenção do sistema presidencialista, dando-lhe seu voto de confiança.

Desse modo, permite-se concluir que o presidencialismo representa o sistema de governo durante a maior parte da república brasileira, como se vê adiante.

4.2 O SISTEMA PRESIDENCIALISTA NO BRASIL

4.2.1 *PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO*

Esse item faz um recorte no estudo do presidencialismo brasileiro, pois, ao fundo e ao cabo, pretende-se tratar adiante, a questão dos atos políticos no Brasil. Indubitavelmente o sistema de governo exerce notória influência na distribuição de competências aos centros de poder, aptos a praticarem atos políticos e, por eles responderem. Feita essa consideração introdutória, passa-se à discorrer sobre o ponto.

Em linha de amostragem, acima restaram descritos alguns sistemas de governo, dentre os quais o presidencialista, cuja expressão mais marcante reside na experiência norte-americana. Embora o paradigma volva aos Estados Unidos, no Brasil, o presidencialismo representou e ainda representa o resultado de um conjunto de fatores

dentre os quais: cultura política, a tradição, a experiência histórica e a estrutura política latino-americana^{89 90}.

Tendo em conta o marco temporal da Constituição Federal de 1988 e a perpetuação do federalismo e do presidencialismo, alguns doutrinadores demonstraram suas opiniões ora no sentido de uma ampliação, ora no sentido de uma redução dos poderes centrais, em confronto com as competências expressamente positivadas aos Estados-membros da federação⁹¹.

Mas é a própria Constituição Federal de 1988 que comprova a opção pelo federalismo centralista. Em comparação a 46 (quarenta e seis) governos que adotam o sistema presidencialista (tanto presente quanto passados), o presidente brasileiro aparece como o mais poderoso em assuntos não legislativos e o segundo mais poderoso em assuntos legislativos.⁹²

Apesar dessa constatação formal, não há novidade na iteração constituinte desse modelo centralizador. Não bastasse o extenso rol de competências centralizadores do poder nas mãos do Presidente, também a Suprema Corte brasileira contribui para a perpetuação e ampliação dessa concentração de poder.⁹³

Se a distribuição de competências de maior envergadura, de temas mais amplos e relevantes, produz uma propensa conclusão de um federalismo forte, com um leque de descentralização de competência mais amplo, o Brasil se apresenta como um caso claro de que, não só a Constituição limitou consideravelmente essa expansão ‘competencial’, mas também sua mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal.

⁸⁹ NOHLEN, Dieter. *El presidencialismo...*, p. 9.

⁹⁰ Entre nós, por todos: Cfr. GODOY, Arnaldo. *O presidencialismo brasileiro: síntese histórica e conceitual*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2. N.º 12. 2013.

⁹¹ Num sentido de amplitude dos poderes conferidos aos estados-membros, pode-se citar os contributos de Fernando Luiz Abrucio. Seguindo a mesma linha, a jurista da Universidade de São Paulo, Fernanda Dias Almeida, consultar a obra de referência acerca da matéria, qual seja: *Competências na constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, p. 106-108. Em sentido diverso, o notável professor da escola de direito constitucional de São Paulo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, especialmente no artigo: *A organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria*. In: Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 177-180.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *El sistema presidencial...*, p. 297.

⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *El sistema presidencial...*, p.294

Assim se permite afirmar, por algumas razões. A interpretação constitucional do federalismo brasileiro feita pelo STF⁹⁴, levou e tem levado em conta o nominado princípio da simetria. Sumamente, entende-se por este princípio o dever das demais pessoas jurídicas de direito público interno ‘observarem’ os ditames do texto constitucional. A concretização do princípio da simetria acarretou, no direito brasileiro, o fortalecimento da tese das normas de observância obrigatória⁹⁵ ou também chamadas de normas de reprodução obrigatória⁹⁶.

Os aspectos aqui enunciados, os quais estão ligados especificamente ao federalismo brasileiro, induzem à conclusão de que a dinâmica prevista na Constituição, a partir do que antes se disse acerca das competências e os sujeitos a quem tais competências foram atribuídas, dão conta de um federalismo frágil, sob o ponto de vista formal. A causa está na opção constituinte em manter um modelo centralista de competências materiais, além de impossibilitar que os entes federados disponham de iniciativa legislativa para tratar sobre matérias relevantes.

⁹⁴ Cfr. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 745.811 – Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. O Recurso Extraordinário questiona, em linhas gerais, a possibilidade de um Estado-membro da federação, no caso o Pará, estender gratificação, inicialmente concedida a professores, para os servidores públicos de educação especial, através de emenda à projeto de lei, de autoria parlamentar. Essa a questão, em síntese. Dentre os fundamentos jurídicos apontados no voto do eminente Relator, um deles se assenta no princípio da simetria. O acesso ao julgado está disponível no site eletrônico do Supremo Tribunal, em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINC%CDPIO+PROX3+SIME+TRIA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jwyea4v>. No mesmo sentido: ADI 2.079, da Relatoria do Min. Maurício Corrêa, DJ 18.6.2004, nos termos a seguir: “padece de vício de inconstitucionalidade a norma que, resultante de emenda parlamentar em projeto de iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, implique aumento de despesa. Por força do *princípio da simetria*, a referida diretriz também deve ser observada pelas demais entidades federativas”. Vide também: ADI 2.192, Relator Min. Ricardo Lewandowski, no sentido de que por força do princípio da simetria, é compulsória a observância do art. 61, § 1º, II, alíneas *e* e *c*, da Constituição Federal, os quais versam sobre reserva de iniciativa do Presidente da República para deflagrar o processo legislativo.

⁹⁵ Para profundização do estudo das normas de reprodução obrigatória, vide: LEONCY, Leo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

⁹⁶ Na oportunidade, diferencia-se as normas de reprodução obrigatória das normas de imitação. Essas dizem respeito àquelas normas referentes a determinadas matérias em que o constituinte estadual poderia inovar, adotando solução própria, mas opta por ‘copiar’ preceito da Constituição da República, que não incidiria na ordem estadual caso não tivesse sido incluída na Constituição estadual.

Portanto, a partir da análise das competências jurídico-constitucionais, o Brasil seria a demonstração icônica de um presidencialismo extremamente forte e, em virtude do centralismo, uma federação débil⁹⁷.

Diante dessa realidade constitucional, o Presidente (titular do poder concentrado) teria mais ‘tempo’ a se dedicar na condução da política. Isto envolve, primariamente, a interação da figura do Chefe de Governo/Chefe de Estado com o Parlamento.

Nesse sentido é que o Brasil tem sido apontado como um exemplo de sistema presidencialista de coalisão, contrariando uma das premissas básicas do presidencialismo, qual seja, um claro distanciamento institucional entre os poderes Executivo e Legislativo. A apontada independência institucional cede espaço à capacidade do Presidente de influenciar o Poder Legislativo e contar com o apoio da maioria (coalisão), a fim de facilitar o exercício das competências jurídico-constitucionais que lhe competem. Os exemplos são variados: apoio da base de Governo na aprovação de leis de base, como o atual caso da Reforma da Previdência, bem como a lei que permite a terceirização trabalhista, no Brasil. A coalisão exige uma espécie de orquestração da coisa pública, cuja regência compete ao Presidente.

A forma, o meio com o qual exercerá a capacidade de reunião em torno do Governo requer uma digressão pela história da política brasileira desde a época da ‘independência’. Dentre uma das características muito utilizadas para conservação ou obtenção de apoio ao Governo, pode-se apontar a autonomia para a nomeação de ministérios e o poder de agenda do Presidente.

Esse modelo singular de governança, assim como as nuances atinentes aos demais sistemas de governo, possui uma alta carga de politicidade, razão pela qual seria imprudente afirmar, em tom conclusivo, que o Brasil opta por um presidencialismo de coalisão. Melhor seria afirmar, que o Brasil vive um presidencialismo de coalisão.

Isto, sem adentrar ao exato quadro por que passa a política brasileira, dado que o espaço para conjectura ou abordagem científica seria objeto de outro trabalho.

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. El sistema presidencial..., p. 298. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva ainda aponta que a fragilização do federalismo acarretaria, por consequência, governadores e prefeitos (lideranças locais) desprovidos de influência na política nacional.

4.2.2 PRESIDENCIALISMO E FEDERALISMO: a questão da forma federativa como cláusula pétrea

O presidencialismo estadunidense figura como um sistema de governo federativo, característica que também marca o federalismo brasileiro. No entanto, as origens a que remontam um e outro federalismo impactam fortemente as atribuições e estruturas de poder, sendo esse um fator a se considerar, inclusive, na doutrina da separação de poderes.

A história norte-americana dá conta de que a formação dos Estados Unidos da América ocorreu em virtude de um movimento político de aglutinação de colônias independentes que vieram a estabelecer um Estado central com descentralização expressiva de competências, confirmando-se um federalismo centrípeto, de fora para dentro. Em sentido oposto, a formação do Estado federal brasileiro decorreu da divisão política de um Estado Unitário em diversos entes federados, com a preservação de competências e atribuições afetas à independência e soberania mantidas no poder central. Daí a razão de se denominar centrífugo o modelo de federalismo brasileiro. No Brasil, desde a Constituição promulgada em 1989, não se pode falar em presidencialismo sem federalismo e nem federalismo sem presidencialismo. De toda sorte, o que nos cabe é estabelecer qual a relação existente entre o federalismo brasileiro e o sistema de governo até então adotado.

A Constituição Federal de 1988 insere a vedação ao constituinte reformador, proibindo-o aprovar emenda constitucional tendente a abolir qualquer dos enunciados constantes dos incisos do parágrafo quarto da Carta da República, dentre eles: a forma federativa do Estado.

A alteração, com base na exposição anterior, em que se reconheceu no Brasil um federalismo fraco, com poderes de monta destinados à instância central do Governo Federal, gera uma indagação, ao que nos parece, minimamente interessante. Seria possível conceber uma proposição de emenda à Constituição que, embora não fosse direta e frontalmente clara quanto à abolição do federalismo brasileiro, pretendesse alterar competências nela estipuladas e, reflexamente, alterar a dinâmica dos poderes estatais,

analisados sob o prisma da verticalidade (ou seja, a relação entre União Federal, Estados-membros e Municípios)?⁹⁸

Para tanto, importa trazer à colação os sujeitos que possuem legitimidade para propor emenda à Constituição. Nos termos do art. 60, incisos I, II e III, da CRFB, a Constituição poderá ser emendada, desde que seja iniciada por proposta de, respectivamente: a) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Com efeito, até mesmo quanto à legitimidade do proponente de emenda à Constituição, o constituinte manteve o centralismo de atribuição do poder de emenda.

⁹⁸ Com objetivo de elucidar o sentido e alcance que se deva dar às cláusulas pétreas, como sustentáculos fundantes da ordem e unidade de Constituição, adiante se expõe trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF – 33 MC: “Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...) É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um “engessamento” da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas “garantias de eternidade”, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: “(...) Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados”. Consulta feita em 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=33&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

Dentre alguns dos fatores que permitem tratar a assertiva supra como verdadeira, passa-se a relatar alguns.

O primeiro reside no quantitativo limitado de legitimados. A CRFB elegeu apenas quatro hipóteses legítimas para a propositura de emenda à Constituição. Das quatro, apenas uma delas permite que um único sujeito provoque a alteração da Lei Maior, qual seja, o Presidente da República. As demais hipóteses demandam o exercício da faculdade por meio de uma coletividade.

Nesse passo, os critérios de eleição dessa coletividade coincidem apenas em relação aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, uma vez que deverá ser cumprida a razão mínima de um terço, sendo necessários, portanto, cento e setenta e um Deputados ou vinte e sete Senadores da República para proporem alteração da CRFB.

Ao analisar esse critério quantitativo, numa hipótese de proposta de emenda à Constituição levada a cabo por, no mínimo, 171 membros da Câmara dos Deputados, a tratar sobre matéria financeira (por exemplo: repartição de receitas tributárias), demandaria um ajuste político muito bem concertado para, tão só, trazer à lume uma proposição legislativa. Isto, sem contar os eventuais entraves decorrentes de um processo legislativo mais complexo, em virtude dos atos seguintes àquele que inicia a tramitação legislativo-constitucional, como o que se passa no caso brasileiro, no tocante à votação de emendas constitucionais.

Existirá, ainda, possibilidade de alteração do texto original da proposta de emenda, integralmente, ocasião em que um substitutivo será apresentado ao projeto de emenda à Constituição original. Também poderá sofrer a inclusão de emendas ao texto original, assim como ao texto eventualmente alterado via substitutivo. Vale considerar que as emendas podem ser não só alteradoras, mas também supressivas ou aditivas. Nesses dois primeiros casos, nota-se um vasto campo para desconfiguração do intento inicial, em que houve a anuência de, no mínimo, 171 Deputados Federais quanto ao texto original apresentado. Daí que o respeito à essa condicionante jurídico-constitucional gera um processo duplamente intrincado, jurídica e politicamente, em todas as suas fases.

Ora, não pende dúvida quanto ao viés político de uma proposta de emenda constitucional que vise alterar a repartição de receitas tributárias, uma vez que a realidade

financeira dos entes federados brasileiros há de ser imediatamente impactada com a sua aprovação, seja para conceder benefício ou diminuí-lo, seja para desonerar os Estados-membros do cumprimento de determinadas obrigações acessórias.

Num país de dimensões continentais, cuja divisão política reconhece 27 Estados-membros, esse seria um motivo para, em conjunto com o quantitativo mínimo exigido para a deflagração do processo legislativo de emenda à Constituição, servir como uma baliza limitadora da alteração do texto constitucional.

Outro fator que leva a concluir pelo engessamento (ou potencial engessamento) da mutação formal da constituição, a constatar mais uma medida que ratifica o modelo federalista centralista, emana do inciso II do art. 60 da CRFB, quando se confere o poder de emenda às Assembleias Legislativas estaduais.

Vale analisar, pontualmente, os requisitos que a CRFB exige. São dois: um critério interpessoal e outro intrapessoal. Tanto em um quanto outro, há necessidade de preenchimento de um certo quantitativo, como também se viu no caso da proposta de emenda à Constituição empreendida por Deputados Federais ou Senadores.

Apenas para rememorar, dantes se alegou que o Brasil é uma federação. Também se viu que ao ente federal são destinadas as competências materiais e a reserva de iniciativa exclusiva sobre matérias de grande vulto. Então, quando o constituinte delegou aos Estados-membros a possibilidade jurídica de propor emendas à Constituição, estipulou a necessidade de ‘ajuste prévio’ de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação. Esse, o critério quantitativo interpessoal, pois que impõe a unicidade mínima de 14 (catorze) Assembleias Legislativas⁹⁹. Além desse, obrigou a

⁹⁹ Em consulta ao site do Senado Federal, foi feita uma pesquisa avançada com o termo ‘proposta de emenda à Constituição’, em que se constatou haver registro de 1.949 propostas de emendas à Constituição intentadas e que estejam com tramitação encerrada. Nesse cômputo, estão incluídas, inclusive, as PEC – Propostas de emenda à Constituição – que, após o protocolo de início da tramitação, acabam por ser retiradas, logo após. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&materia_WAR_atividadeportlet_ordem=1&materia_WAR_atividadeportlet_p=1&materia_WAR_atividadeportlet_tipo=PEC&materia_WAR_atividadeportlet_pesquisaAvancada=true&materia_WAR_atividadeportlet_situacaoTramitacao=N&materia_WAR_atividadeportlet_ativos=on&materia_WAR_atividadeportlet_complementar=on. No mesmo sentido, conforme: SILVA, Virgílio Afonso da. *El sistema presidencial...*, p. 303. Esse exemplo transcende a constatação de que a previsão do constituinte originário representa um mecanismo de restrição de alteração da Constituição pela via formal. O inciso III do artigo 60, §4º da CRFB, promulgada em outubro de 1988, sempre manteve sua redação original. Entretanto, a

comprovação de um ajuste interno antecedente, por meio da aquiescência de maioria relativa de seus membros.

Entretanto, com base nessa exigência constitucional, o constituinte optou por abrandar a rigidez quanto ao quórum, ao deixar de exigir maiorias qualificadas de Deputados Estaduais nas Assembleias Legislativas estaduais, em regra, superiores às maiorias relativas. Assim, o critério intrapessoal sugere, formalmente, uma maior facilidade de implementação da condição.

Então, outras indagações de menor monta adviriam, para interpretar o texto constitucional, uma vez que não estabelece o modo pelo qual essa maioria relativa de membros se dará. Como é que as Assembleias Legislativas comprovariam o preenchimento desse requisito? Em se tratando de maioria relativa, em que momento a Assembleia Legislativa preencheria esse requisito? Em reunião plenária ordinária? Por meio de comunicação formal da Presidência?

Essas inflexões que também são levantadas objetivam trazer à tona e problematizar a legitimidade da vontade popular, quando o requisito da maioria relativa dos membros seja atendido em número inferior ao da maioria simples ou em número baixo, a revelar quase uma pontual manifestação interina da casa legislativa estadual. Preenchido formalmente o requisito constitucional, a legitimidade democrática do povo, por meio dos legisladores estaduais, estaria preenchida? Numa eventual hipótese de aprovação de emenda à Constituição, com o quadro hipotético narrado, caberia alguma medida procedimental a nulificar o processo legislativo de aprovação da emenda? Ao colocar em xeque esse exemplo e a questão federalista, pouco importaria ter um quórum de iniciativa baixo (maioria relativa), uma vez que o cumprimento desse requisito, somado à vontade comum de 14 Estados-membros (de um todo de 27), bastaria para deflagrar o processo legislativo de emenda à constituição.

Pensa-se, por sua vez, que o critério da maioria relativa poderia ter sido substituído pelo da maioria simples, caso a intenção do constituinte tivesse sido ampliar as chances de

inefetividade da regra ali disposta se revela pelo desuso, porque quase 30 anos depois não se tem um caso de iniciativa e sequer aprovação de proposta de emenda à Constituição cuja autoria tenha sido dos membros das casas legislativas estaduais. A nosso ver, a situação é ainda mais peculiar, uma vez que pode ser qualificada como um típico caso de mutação constitucional por desuso da norma.

acordo entre Assembleias Legislativas, pois o quórum de maioria simples se estabelece como um critério menos rígido, mas uniforme.

Valendo do mesmo exemplo alhures, em que a proposta de emenda à Constituição tivesse por objeto a questão da repartição de receitas tributárias entre os entes federados, importa ponderar se a eventual iniciativa legislativa de catorze ou mais Assembleias Legislativas, cada uma com a adesão da maioria relativa de seus membros, seria facilmente ajustável, ou ainda, moderadamente ajustável?

Partindo de um ponto de vista estritamente formal, legalista, não é por demais difícil perceber um objetivo restritivo ao poder de emenda dos estados-membros. Ainda no mesmo sentido, poderia o constituinte ter ampliado o leque de legitimados para, por exemplo, incluir a figura do Chefe do Poder Executivo estadual (Governador) nesse rol, mesmo que também viesse a exigir uma ação concertada de vários Governadores em conjunto.

Além da limitação subjetiva à proposta de emenda à Constituição, com os breves contornos a que se fez referência, há também, um critério de ordem temporal a impactar o poder de emenda, conforme disposto no parágrafo 5º do artigo 60 da CRFB. Com base nesse dispositivo, fica proibida a utilização de nova proposta de emenda à Constituição com mesmo objeto de proposta de emenda à Constituição rejeitada ou tida por prejudicada, na mesma sessão legislativa.

Como se tem alertado, o poder de emenda à Constituição no Brasil corrobora o federalismo ‘de dentro para fora’, caracterizado pelo empoderamento da União Federal. O que então seria capaz de refrear a capacidade de direção política fortemente centralizadora no Brasil? À essa resposta, pode-se adicionar um pressuposto não jurídico.

A atuação dos Chefes do Executivo dos Estados-membros tem duas facetas interessantes: o poder econômico de alguns estados e o sistema eleitoral partidário, pelo qual a composição dos membros da Câmara dos Deputados sofre uma influência considerável dos Governos estaduais. Quem sabe através dos distúrbios políticos advindos da relação vertical Presidente-Governadores (e, por que não dizer: Municípios) seja possível alterar os processos de emenda à Constituição e, por sua vez, também permitir a

alteração do federalismo, com a descentralização de competências jurídico-constitucionais hoje centralizadas na figura do Presidente.

CAPÍTULO III – ATOS POLÍTICOS ¹⁰⁰

Nesse capítulo, desloca-se a análise para o tema dos atos políticos, o qual subjaz a análise de fundo do trabalho. Entretanto, em que pese ser uma premissa dessa monografia admitir o ato político como realidade, as teorias negativas ou negativistas se incumbiram de retirar qualquer importância à construção de um instituto próprio, inserido no ordenamento jurídico dos Estados, a que se denominasse de atos de governo, atos político, questões políticas, ou quaisquer nomenclaturas que a ele se referissem.

De nossa parte, reconhece-se, pois, o dever de apreciar os atos “políticos o de gobierno, los cuales – con razón – han sido considerados como uno de los problemas más insolubles de todo el Derecho (...)”.¹⁰¹

Por esta razão, avizinha-se o estudo propriamente dito dos atos políticos.

1. FRANÇA: *ACTES DE GOUVERNEMENT*

A origem do conceito de ato político se deu na França, no período da Revolução bourbonica.

Anteriormente ao surgimento do *Conseil d'Etat*, a Administração Pública se incumbia de solucionar as questões decorrentes de suas atividades. Fazia-o por meio do

¹⁰⁰ Jorge Miranda cita como exemplo de ato político a dissolução do Parlamento e delinea suas características ao afirmar que o pressuposto básico para a realização do ato é a competência, manifesta pela vontade a que corresponde, em decorrência das conjunturas políticas a incidir sobre o país. O objeto imediato diz respeito à vicissitude que macula constituição da Assembleia ao por fim à legislatura e, de outra parte, desencadear um processo eleitoral. O objeto mediato estaria representado pela relação de reciprocidade entre si e com os cidadãos. A causa do ato seria a prossecução do interesse público, mediante o exercício do poder democrático do eleitorado. A finalidade, em sua restrita acepção, estaria representada pelo objetivo do Presidente da República na renovação do Parlamento, em ultrapassar a crise política. A forma, por sua vez, seria o decreto do Presidente da República, atendidas os requisitos formais, constitucionais e regimentais. MIRANDA, Jorge. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa, 1990. p. 140-141

¹⁰¹ CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político*. In: Revista de Administración Pública. N. 53. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto, 1967, p. 74. De acordo com o autor, os atos políticos seriam um problema de direito administrativo.

Conselho Executivo da Convenção e também pelos membros do Diretório, sendo, desta feita, seu próprio juiz.

Em Decretos de 16-24 de agosto de 1790, emanados da Assembleia Constituinte, assim como o Código Penal Francês de 1791, estipularam como delito a ação do magistrado que interviesse na função administrativa¹⁰². Essa tipificação foi positivada na Constituição de 1791 e posteriores.

Nesse período, o Conseil d'Etat, órgão consultivo, apesar de ter competência para emissão de parecer ante o exercício do governo, não o efetivava na prática, em razão do mecanismo do *non recevable* do Imperador, o qual podia negar o recebimento da manifestação do Conselho de Estado. As pressões dos grupos sociais se fizeram sentir no Conselho de Estado, o qual passou a estabelecer a apreciação jurisdicional de determinados atos. Fase esta que deu origem à divisão entre *actes de gouvernement* e *acts administratifs*.

No cenário em que se encontrava a sociedade francesa, deu-se a criação do Conselho de Estado em 15 de dezembro de 1799¹⁰³, a quem foi atribuída a competência para redigir projetos de lei e regulamentos da administração pública e resolver os problemas que sobreviessem, no que tocasse à matéria administrativa.

Os atos políticos surgiram como exteriorização da função política, à época do Ancien Regime, como resultado da vitória da revolução. Distinguiam-se os atos da administração dos atos judiciais, de tal modo que aqueles eram espécies de atos administrativos insindicáveis, dada a sua margem de liberdade política.

Essa constatação decorre da insatisfação política da sociedade francesa, tanto dos liberais quanto monarquistas. Para os liberais, a reprovação se fundava na sua criação autoritária e na qualidade imposta do juízo administrativo. Para os monarquistas, o descontentamento se deu em virtude da falta de consenso e apoio com a obra de consolidação da situação dos adquirentes de bens nacionais que o próprio Conselho de Estado tinha feito, quando da aplicação das leis de confisco dos bens dos exilados.

¹⁰² QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.114.

¹⁰³ O Conselho de Estado francês surge com a Constituição Consular de 22 de Frimário do ano VIII, com expressa previsão no art. 52. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político...*, p. 75.

Nesse quadro, o mesmo espírito que sustentou a criação desse ‘tribunal’ fez com que ele retraísse quanto às manifestações, pois intentava preservar-se e durar-se¹⁰⁴. A limitação se deu de forma espontânea, tendo em conta a diminuição de competências em favor de juízes ordinários, como uma medida de autocontenção em prestígio ao princípio da separação de poderes e também, como já dito antes, afastando-se cada vez mais das matérias de elevado cunho político, cuja discricionariedade estava dirigida aos órgãos da Administração Pública.

Em se tratando de atos políticos, dá-se notícia de que o primeiro precedente do Conselho de Estado ficou conhecido como “arrêt Laffitte”. O caso pode ser resumido do seguinte modo: a irmã de Napoleão Bonaparte, Paulina Borghese, recebera uma quantia de 670.000 (seiscentos e setenta mil) francos. Esse montante foi posteriormente adquirido por um senhor banqueiro, identificado por Laffitte. No ano de 1.826, uma lei francesa privou a família Bonaparte de todos os bens que adquiriram a título gratuito, dentre os quais, estava a quantia concedida à Paulina. Em face da alteração legislativa, o banqueiro Laffitte acessou o Conselho de Estado, uma vez que o Ministro das Finanças recusou o pagamento de quotas da renda com vencimento anterior à mencionada lei.

O Conselho de Estado ao tomar conhecimento do pleito do Senhor Laffitte, manifestou-se no sentido da não apreciação da questão, em virtude do seu caráter político. E, em sendo assim, a decisão competiria exclusivamente ao Governo. Em ocasiões posteriores o Conselho se manifestou repetidamente no sentido de não apreciar o conteúdo de determinadas situações, porque afetas à decisões de Governo e também afetas aos membros da família real francesa.

Nesse momento, passou-se a entender uma nova modalidade de ato, a que se nominou ato político, em decorrência das decisões prolatadas pelo Conselho de Estado, logo, um precedente jurisprudencial. Nasce, assim, a teoria do *mobile politique*, o qual se prendia à análise subjetiva da questão política.¹⁰⁵

¹⁰⁴ DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*, París: Sirey, 1935, pág. 31.

¹⁰⁵ Acerca dos riscos da teoria do *mobile politique*: “Como fácilmente se puede constatar, la teoría del móvil presenta el peligro de graves abusos por parte del Ejecutivo, sobre todo en regímenes autoritarios, ya que la misión del juez se reduce en este caso a comprobar el motivo político alegado por el Gobierno y en consecuencia a declararse incompetente. Este grave y peligroso inconveniente hizo que la teoría fuese pronto abandonada por la doctrina y la jurisprudencia y se abordase el problema desde un punto de vista

Foi em 1875, conforme afirma Garcia de Enterría, que a teoria dos atos políticos francesa, cedeu lugar à teoria dos atos de governo e que esses atos de governo seriam aqueles pronunciados em uma lista. Essa mudança se deveu à lei francesa que conferiu ao Conselho de Estado o resgate da sua autonomia decisória, ao lhe atribuir poder de jurisdição com considerável amplitude.

Galgava-se a transição da teoria subjetiva do *móBILE politique* para uma teoria objetivista. De acordo com aquela, bastava ao Executivo invocar a causa da adoção de tal medida fundada em critérios políticos, para que se isentasse da apreciação jurisdicional.

A distinção é singela, mas importante. Atos que outrora eram excluídos da jurisdição passaram a ser analisados pelo crivo do contencioso administrativo.

Dessa forma, estaria-se diante de um fenômeno de possível explicação meramente objetiva, dado o conjunto de atos figurando em certo rol. O *mobile politique* dá lugar a uma atuação do Conselho de Estado francês como um mero produtor de pareceres sobre questões políticas as quais dependiam da homologação do Poder Executivo. Essa maneira pela qual a causa política era tratada ficou conhecida por *justice retenue*.

De seguida, passa-se a uma teoria da natureza do ato. A doutrina elenca alguns dos fatores a justificar a transição para uma nova compreensão dos atos políticos, quais sejam: o desenvolvimento da legalidade como um primado sobre o qual os sujeitos estariam vinculados; queda do poder de Governo, por conta da derrocada do regime imperial; a aparição da *justice deleguée*¹⁰⁶.

estrictamente jurídico”. Cfr. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político...*, p. 86

¹⁰⁶ CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político...*, p. 78. Os autores relatam que o *arrêt* Príncipe Napoleão Bonaparte ilustra o início da teoria da natureza do ato, quando então o Conselho de Estado resolveu por apreciar a matéria de fundo ante a decisão tomada pelo Ministro de Guerra francês, em que deixou de incluir o nome do Príncipe Napoleão Bonaparte dentre aqueles integrantes de uma lista de generais, publicada no Anuário Militar. Inédita a decisão do Conselho de Estado, que assim firmou posição: não basta que o ato tenha emanado do Governo ou algum de seus representantes, não basta que tenha sido deliberada pelo Conselho de Ministros ou que tenha afirmado que se trata de questão política, quando se reconheça que o ato possua natureza administrativa.

No entanto, essa doutrina não foi capaz de fornecer, satisfatoriamente, a qualificação dos atos políticos, com a revelação de sua essência¹⁰⁷. Como se pautou em diferenciar os atos políticos dos atos administrativos, sendo esses dotados de elementos mais claramente apreensíveis que aqueles, a doutrina limitou-se a proferir uma mera exposição analítica dos mesmos.

2. TEORIAS EMPÍRICAS

Uma terceira via no tocante à doutrina dos atos políticos ficou conhecida como teoria empírica que, diga-se, não se restringiu aos limites territoriais italianos. Isso se deve pela generalidade de sua descrição. O peculiar dessa teoria está propriamente na ausência de caráter científico desta, uma vez que não resulta de uma proposição doutrinal.

Antes pelo contrário, decorre de orientações jurisprudenciais, em razão da apreciação de casos concretos pelos poderes competentes (jurisdição administrativa), ou também de motivações de *oportunidade* política. A teoria empírica, por seu turno, demonstra a sua incapacidade em fornecer uma base segura para o estudo dos atos políticos, uma vez que relega a tarefa científica de produção racional do conhecimento à atividade produtiva da jurisdição administrativa, em que uma política jurisprudencial haveria de determinar, politicamente, a esfera do insindicável.

Ao decorrer de uma experimentação, também não se poderia reconhecer os atos políticos dentro de um rol específico de atos, objetivamente perceptível, porque a competência para dizer se tal ou qual ato configuraria como um ato político adviria da

¹⁰⁷ Essa dificuldade foi notada na Alemanha com os sistemas da *Klauselsystem* (cláusula cerrada) e *Enumerationsmethode* (método de enumeração). Na Alemanha, consoante Rudolph Smend, o estado se distinguia entre Governo e administração, como funções primárias, além das funções legislativa e jurisdicional, funções secundárias. O Governo seria a manifestação da essência do Estado, enquanto a Administração seria a parcela técnica com vistas ao atendimento das funções políticas. Portanto, Governo significaria a direção total da Administração sob um ponto de vista político. Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 1969, p.57. Otto Mayer, doutrinador tedesco, defendeu a existência da função de Governo como quarto poder (ou quarta função), função autônoma, portanto. Denominou-a *Verfassungsmässige Hilfetätigkeit* (atividade auxiliar de direito constitucional). E por assim ser, o que caracterizaria o ato de Governo seria a aplicação imediata dos dispositivos constitucionais. Uma vez que imprimissem o comando constitucional, isentavam-se da apreciação judicial.

manifestação do juiz administrativo que, investido no poder de decidir, poderia entender que atos levados ao seu conhecimento viessem a ser qualificados como atos políticos. Desse modo, a lista *objetiva* de atos políticos não seria hermética, como pretendia a teoria objetiva francesa que sucedeu a teoria do móvel político, nem encontraria paralelo com a *Klauselsystem* germânica, a qual previa, justamente, a previsão típica de atos políticos.

Embora tenha pretendido lograr êxito com a sua formatação, a teoria empírica pouco acresceu ao estudo dos atos políticos¹⁰⁹. Possível, inclusive, traçar uma semelhança entre essa teoria e a teoria do *mobile politique*, uma vez que a eleição do ato político como tal ficava ao encargo de um sujeito específico, quem proferiria um juízo confirmatório ou denegatório da natureza do ato. A valoração ficava ao encargo, portanto, dos órgãos do Poder Executivo, na apreciação do móvel político, e do juiz administrativo, na teoria empírica. Tanto em uma quanto noutra o contributo científico ficou relegado a um plano não desejável, do ponto de análise de construção de uma dogmática jurídica.

3. INGLATERRA: ACTS OF STATE E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POLITICAL QUESTION DOCTRINE

Em momento anterior foi relatada a diversidade incidente sobre a aceção daquilo que se denomina ato político, para fins desta monografia. A despeito disso, com base em abalizada doutrina jurídica¹¹⁰, são vários os autores a defender que haverá ato político sempre que esse for executado no âmbito da função política.

Mas o nominado *ato político* tende a ter características próprias, a depender do ente estatal de Direito em análise, como também da própria execução e interpretação dos atos políticos levada a cabo pelos órgãos e agentes desse Estado. Isto se pode confirmar através do percurso histórico do instituto *ato político*.

¹⁰⁹ CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político...*, p. 98.

¹¹⁰ Ver QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.112.

Entende-se que o estudo dos atos políticos ainda é embrionário, com razão, uma vez que a aparição do termo *ato político* remonta ao Conselho de Estado francês republicano, do pós 1780, fase em que finda o segundo império e floresce a atuação do Conselho como ator supremo da jurisdição administrativa.

Nessa fase em que, na França, o Conseil d'État assegurou sua própria existência, mantida a sua independência de atuação, constata-se um período de desenvolvimento e proliferação de decisões em sede de justiça administrativa, que levaram a, no início, adotar a teoria do *móBILE politique* em questões a versar sobre conteúdo político, por intermédio do instrumento do *non recevable*..

Logo, como dantes afirmado, o ato político, tal como originariamente concebido, decorreu de uma atividade interpretativa do Conselho de Estado francês que, efetivou a opção, política, em estabelecer a diferenciação entre atos administrativos, sujeitos à jurisdição administrativa, e atos políticos, isentos de qualquer controle jurisdicional.

Em se tratando de uma opção política na defesa da eliminação de mecanismos jurisdicionais de controle do ato político em França permite inferir que, na altura, tais atos eram relativamente definíveis, pouco objetivos, uma vez que os seus teóricos acabavam por evidenciar em suas argumentações, concepções propriamente subjetivas de um instituto cuja referência matricial haveria de ser objetivamente encontrada no instrumento representativo da opção política do Estado de Direito, qual seja, a Constituição.

Essa concepção francesa primária, ainda em desenvolvimento nos Estados continentais europeus de marcada autonomização da jurisdição administrativa, como é o caso de Portugal, não parecem ter o mesmo significado, sentido e alcance de institutos de cariz político de outros Estados, os quais, em alguma medida, são abordados na perspectiva de similitude com os atos políticos.

A jurista Cristina Queiroz, *verbi gratia*, descreve a presença de atos políticos em diversos Estados, dentre os quais a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Incluiu-os no capítulo “*Os actos políticos na ordem constitucional*”, em um apanhado raso, porém elucidativo, a nortear o leitor quanto às heterogêneas apreensões do tema em ordens

estatais variadas¹¹¹. Se calhar, fê-lo intencionalmente, com maior enfoque à evolução dos atos políticos inicialmente concebidos na França, em virtude da sua origem, qual seja, a já citada partição entre *acts administratifs* e *acts politiques* e a próxima relação com a adoção portuguesa do instituto.

Dito isto, se a um modo se pode dizer que países continentais europeus, como os já abordados, beberam da fonte a que fez jorrar o Conselho de Estado francês, por meio de seus precedentes, no tocante ao reconhecimento de atos políticos propriamente ditos, por outro lado, pode-se afirmar que a Inglaterra e os Estados Unidos da América abordaram o tema dos atos políticos de modo autêntico, ao menos inicialmente. É dizer, fizeram-no de modo apropriado ao *essere* da dinâmica das relações estatais apreciáveis sob o prisma do político.

3.1 INGLATERRA: *ACTS OF STATE*

Por sua vez, a Inglaterra nominou os atos de governo de *acts of state*, os quais estão ligados às relações exteriores levadas a cabo pelo Estado ou cujos efeitos repercutam na esfera internacional. Decorrem da prerrogativa da coroa britânica e sua representatividade externa.

Esses denominados *acts of state* representam um específico ambiente para tomada de decisão política, resultado da lenta evolução histórica pelo qual passou o instituto da *prerrogativa real*.

Dessa maneira, pode-se dizer que os *acts of state* vêm a ser ‘the prerogative acts of policy in the field of external affairs’, de que são exemplos, entre outros, a declaração de guerra, a aprovação e ratificação de convenções internacionais, a anexação de um território

¹¹¹ QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.113-132.

ou acto de reconhecimento internacional de Estados ou de governos, ou seja, todo um conjunto de actos que revelam o domínio das relações externas.”¹¹²

Os limites desse instituto, como se afirmou, estão bem delimitados na realidade britânica, corroborando a tese de que o seu manuseio não gera efeitos quanto às garantias jurisdicionais dos sujeitos privados. A razão está em que o “*act of state*, como acto de prerrogativa, tem o seu campo de aplicação fora do âmbito de aplicabilidade de um dos princípios básicos do direito constitucional britânico: o princípio do *rule of law*. (...) Daí que sua relevância se esgote no domínio das relações internacionais, não tendo por isso qualquer tipo de expressão no âmbito das relações de direito interno”.¹¹³

Tomando-se como acertada essa ponderação, não nos parece que o instituto dos *acts of state* possa servir à comparação com os modelos francês ou português, a título de exemplo, uma vez que nesses o rol de atos políticos se afigura mais ampliado e, como se perceberá, podem se dirigir às garantias jurisdicionais dos sujeitos privados. O que geraria, por seu turno, a possibilidade desses sujeitos manejarem instrumentos de defesa, em caso de lesão e ameaça às garantias.

Se a experiência britânica, no tocante à institutos aproximados aos atos políticos, como se pretende conceituar nesse trabalho, o exemplo estadunidense merece ser melhor explorado.

3.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: *POLITICAL QUESTION DOCTRINE*

O objetivo que agora se apresenta está em estampar os delineamentos da doutrina das *political questions*¹¹⁴ que se tem aplicado nos Estados Unidos da América, nação em que se adota a forma federal de Governo.

¹¹² QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p. 128-129.

¹¹³ QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.129.

¹¹⁴ Para estudo histórico e interseção da *political question doctrine*, com direitos públicos e imunidade de Governo, fundada na soberania, ver: *Political Questions, Public Rights and Sovereign Immunity*. Vol. 130:723. Harvard Law Review, 2016.

Há séculos atrás, Alexander Hamilton prenunciava a existência de uma esfera política, quando veio à tona a clássica obra ensaísta, escrita pelos fundadores da nação, no fim do século XIX. Temas como os poderes executivo e judicial foram tratados nos ensaios nºs 65 a 85, sendo o de nº 78 o ensaio em que Hamilton defende que o corpo de legisladores da nação seja seu próprio juiz constitucional, porque capazes de julgarem o poder a eles conferido. Não bastasse isso, a conclusão a que chegassem acerca da sua própria atuação teria efeitos perante os outros poderes, de tal sorte que algumas de suas presunções naturais não poderiam ser coletadas por nenhuma provisão constitucional.

Com espreque na concepção do federalista, a Constituição teria categorias de problemas os quais somente poderiam ser resolvidos como uma questão integralmente legislativa ou de discricionariedade do Poder Executivo.

Em seguida, a *political question doctrine* veio a se manifestar no alardeado *leading case* e paradigma do *judicial review of legislation*, o caso Marbury x Madison, no ano de 1803¹¹⁵, tendo como agente propulsor a *Supreme Court*.

Eis, numa assentada, a primeira diferenciação que se entende necessária. Por meio desta doutrina das questões políticas estadunidense, nota-se que há uma limitação patente quanto ao seu aspecto subjetivo. O agente que se incumbe de decidir e informar sobre tal ou qual caso contém notória carga de politicidade é o Tribunal Supremo, de modo que seria deveras improvável, para não dizer impossível, o seu reconhecimento pelos órgãos de cúpula do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Por outro lado, as teorizações do Velho Mundo continental, no tocante ao ato político, incluem em seu espectro subjetivo, notadamente, os exercentes da função política: *Poder Executivo* e *Poder Legislativo*. O primeiro, em razão da sua função diretiva e primacial do interesse público; e o segundo, pela carga axiológica inerente ao exercício dos mandatos parlamentares.¹¹⁶

A Suprema Corte, por sua vez, ao ter de lidar com o *case*, decidiria entre o judiciável e o político, ao se deparar com uma situação limítrofe.

¹¹⁵ Vide Marbury x Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 170.

¹¹⁶ QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.131.

O fundamento de que se valeu a Corte foi estampado na expressão *self-restraint*, em que se faz a opção pela auto contenção, em vez de avançar sobre a análise do mérito da questão.

Assim o faz, esquivando-se de atuar jurisdicionalmente, sob o argumento da preservação da partilha de funções estatais, notadamente, para não ultrapassar a esfera de competência dos órgãos eminentemente legislativos.

Protagonizado pela atuação do *chief justice* John Marshall, embora fosse um convicto defensor do Poder Judiciário, como se pode concluir da decisão inovadora e substantiva ao estudo do controle de constitucionalidade das normas, o *case* paradigma assentou a *political question*. Nessa medida, John Marshall defendeu a nominada *political questions doctrine*, inclusive, realçada quando do julgamento do caso *Marbury x Madison*, ao afirmar que “*Questions, in their nature political, or which are, by the constitutional and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*”.

Então, naquela altura, questões ligadas ao exercício discricionário de atribuições reservadas ao congresso ou ao presidente não seriam alcançadas pela apreciação do poder judiciário. Traz como um dos fundamentos para a *political questions doctrine*, a preservação do princípio da separação de poderes. A necessidade de se estabelecer limites de ingerência dos poderes, uns nos outros, decorreria da própria natureza de cada um, sob pena de, ao se passar a apreciar judicialmente todas as questões, a separação de poderes acabaria por deixar de existir. Se a própria Constituição estabeleceu questões políticas foi porque a intenção do constituinte objetivou que os problemas decorrentes das questões políticas fossem resolvidos pelos ramos da política¹¹⁸.

Conforme suas balizas, essa doutrina aprecia e, se conclusivamente entender, controla os atos por ela interpretados, quando providos de repercussão política. Para tanto, o Tribunal realiza análise preliminar de profundidade dos efeitos de se decidir o caso, quando estiverem em jogo questões políticas patentes, flagrantes¹¹⁹.

¹¹⁸ BARKOW, Rachel E. *The Rise and Fall of the Political Questions Doctrine*. In: MOURTADA-SABBAH, Nada and Bruce E. Cain. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lexington Books. 2007, p. 24.

¹¹⁹ BARKOW, Rachel E. *The rise and fall...*, p. 30. De acordo com a professora da Universidade de Nova York, a Suprema Corte viu nos *cases* *Luther* e *Pacific States*, uma extensão, um alargamento e, por

O florescimento dessa doutrina sofreu uma contenção já na década de 1960, com a presidência da Corte por Earl Warren, chief justice of the United States à época, período em que ficou caracterizada a ampliação ‘agressiva’ do *judicial review*, confirmada pelo anúncio de que as cortes federais, para além da *supreme Court*, são supremas em relação à ‘exposição da lei da Constituição’¹²⁰.

No mesmo sentido, Barkow relata ter sido com o *justice* Brennan, no precedente *Baker v. Carr*, o instante em que uma discussão detalhada sobre a *political question doctrine* foi travada. Nesse *case*, a Corte apresentou uma questão de ordem (*held that a complaint*) para colocar em pauta uma violação da cláusula *Equal Protection* em detrimento de um estatuto de uma repartição estadual. No caso, portanto, Brennan convenceu seus pares de que o caso não diria respeito à *political question*.

Ainda nesse julgado, o juiz Brennan¹²¹ teria compilado hipóteses de casos enquadráveis na doutrina da *political question* acerca de problemas referentes à validade constitucional de emendas afetas ao status das tribos indígenas. Contudo, apesar da intenção uniformizadora, com vistas ao esclarecimento da mencionada doutrina, o que se pôde constatar foi a demonstração assistemática dos atributos trazidos pelo *justice* Brennan, a revelar divergência, combinação, apresentação, desaparecimento dos atributos e da questão política. Apesar de servir como parâmetro de julgamento sobre as *political questions* por meio século, essa inexatidão das categorias formuladas acabou por dificultar sua aplicação.

consequência, um crescimento da doutrina das *political questions*, ao reconhecer que a Suprema Corte, ao analisar o caso há de determinar como se deve interpretar o que a Constituição determina sobre dada matéria. Desse modo, quando então passa a atrair essa tarefa interpretativa, tem-se um extenso campo, além de nova ferramenta para evitar a análise meritória da *political question*.

¹²⁰ A tradução é livre, sem o risco de não reproduzir com fidelidade seu desiderato, razão pela qual se expõe, tal como mencionada originalmente: “(...) *supreme in the exposition of the law of the Constitution*”. Apud. BARKOW, Rachel E. *The rise and fall...*, p. 33.

¹²¹ Cfr. *Political Questions, Public Rights and Sovereign Immunity*. Harvard Law Review, 2016, Vol. 130:723, p. 723,724. *Justice* Baker forneceu uma linguagem de regras definitiva aos juízes que tentavam detectar questões políticas não justificáveis. A opinião combinava uma mistura de precedentes em seis categorias básicas. A primeira delas indicava a necessidade de reconhecer uma previsão de poder constitucional expresso capaz de resolver a controvérsia na esfera política (*political department*). A segunda categoria considerava os tribunais incapazes de resolver questões sem padrões judicialmente detectáveis e gerenciáveis. A terceira categoria desprezava de apreciação os casos que requeressem uma determinação política inicial, bem como uma discricção judicial. A quarta categoria firmava que a questão política implicaria na expressão de desrespeito, de invasão às outras funções. A quinta categoria, por sua vez, era um tanto mais veemente, pela qual decisões políticas já tomadas exigem a adesão inquestionável dos tribunais. Por fim, a sexta categoria, dispunha que se alinhava às questões políticas aquelas que criassem constrangimentos em decorrência de pronunciamentos variados, na dinâmica das três funções estatais.

Dando-se andamento à história da doutrina que ora se defronta, na introdução da obra *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, o jurista Jesse H. Choper afirma que, ainda com traços decorrentes do caso *Marbury x Madison*, “the political question doctrine – that courts should abstain from resolving constitutional issues that are better left to other departments of government, mainly the national political branches – has rarely served as a meaningful restraint on the Supreme Court’s authority.”¹²²

A despeito dessa retomada, com base na afirmação de Choper, decisões tomadas nas últimas três décadas sugerem que ainda é prematuro afirmar que a *political question doctrine* está morta.

Dão força à essa afirmação, duas manifestações relativamente recentes da *Supreme Court*, quando, no ano de 2004, o *chief-justice* se recusou ao exercício do *judicial review*, baseando-se na doutrina das *political questions*, quais sejam: controle judicial de tema ligado à guarda nacional e controle judicial do processo de *impeachment*¹²³, o qual caberia aos congressistas.

Se, de um lado, existem exemplos a confirmar que a *political question doctrine* ainda tem repouso na realidade estadunidense, há vozes no sentido de não lhe conceder tanto respaldo, ao defender que a doutrina em comento estaria adstrita, quando muito, às

¹²² MOURTADA-SABBAH, Nada and Bruce E. Cain. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lexington Books. 2007, p. 1.

¹²³ Sobre essa questão, em 1993, a Suprema Corte entendeu se tratar de *political question*, o case *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). “Nixon, a former district judge who was convicted of making false statements before a federal grand jury, sought judicial review of his subsequent removal from office by *impeachment*. He claimed that the Senate had failed to “try” him within the meaning of the impeachment clause of article I. Upon receiving articles of impeachment from the House, the Senate referred the matter to a committee, which reported to the full body. Although the committee presented the Senate with a transcript of the proceedings and Nixon was permitted to make a personal appeal to the Senate, the full body did not receive any of the evidence”. Na ocasião, o *chief justice* Rehnquist assim se manifestou: “[Before] we reach the merits of such a claim, we must decide whether it is ‘justiciable’, that is, whether it is a claim that may be resolved by the courts. We concluded that is not.(...) A controversy is nonjusticiable – i.e., involves a political question – where there is a ‘textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it’ [Baker]. But the Courts must, in the first instance, interpret the text in question and determine whether and to what extent the issue is textually committed. [The] concept of a textual commitment to a coordinate political department is not completely separate from the concept of a lack of judicially manageable standards may strengthen the conclusion that there is a textually demonstrable commitment to a coordinate branch (...)” Continua: “In this case, we must examine Art. 1, § 3, cl. 6 [which provides that ‘[t]he Senate shall have the sole Power to try all Impeachments’. This provision] is a grant authority to the Senate, and the word ‘sole’ indicates that this authority is reposed in the Senate, an nowhere else (...)” Cfr. STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 3 ed. Aspen Law e Business, 1996, p. 131-132.

questões de Estado, ligadas às relações exteriores. Já no âmbito das questões políticas internas, não mais se poderia compreender áreas de não-judiciabilidade¹²⁴.

O problema com a maioria dos relatos ligados à *political question doctrine* deixam de fora uma vertente crítica do seu desenvolvimento: sua extensão à administração estatal. Em virtude disso, fica esquecido o elo entre a *political question doctrine* e a imunidade do poder soberano, no âmbito do *common law*. Como resultado, o que se tem é a não justiciabilidade dos atos compreendidos sob a *political question doctrine*.¹²⁵

Contudo, parece-nos que não se pode afirmar, com certa exatidão, quando a Suprema Corte deixará de apreciar dada questão política, a não ser nos casos em que ela mesma já tiver sepultado a divergência. Alguns requisitos objetivos que são analisados para a recusa de apreciação da *political question* seguem listados¹²⁶:

- a) inexistência de norma jurídica aplicável ao caso concreto;
- b) o provimento final tenha consequências sobre o princípio constitucional da separação dos poderes;
- c) e que, em princípio, trate de questão referente ao eleitorado.

Dada a exposição da doutrina da *political questions*, própria do sistema norte-americano, cabe depreender que a atuação da Suprema Corte surge como fator decisivo, quando instado a se manifestar, na definição do justiciável e não justiciável. Portanto, a *political question doctrine* é uma questão de interpretação, por melhor que seja a intenção da Suprema Corte em atribuir *standards* de ‘politicidade’, com vistas à objetivação da análise.

4. PORTUGAL

¹²⁴ Cfr. BARKOW, Rachel E. *The Rise and Fall...*, p. 20.

¹²⁵ Cfr. *Political Questions, Public Rights...*, p. 733.

¹²⁶ QUEIROZ, Cristina. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, p.130-131.

A partir de agora se faz um recorte para analisar a envolvente temática dos atos políticos sob a ótica da realidade jurídico-política portuguesa, donde se perceberá o distanciamento do tratamento conferido aos atos políticos, se é que assim se pode ousar nominar, em Inglaterra e nos Estados Unidos da América¹²⁷.

No entanto, *a priori*, insta frisar que existe, sim, uma marca de uniformidade a permitir o paralelo entre os atos políticos (em sentido estrito) e os *acts of state* e a *political question doctrine*, na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Em todos esses casos se pode constatar um exercício de auto-contenção jurisdicional, exercido pela jurisdição constitucional, que opta por não apreciar determinadas matérias de cunho alegadamente político.

Destarte, como ponto comum, também pode-se afirmar que os Estados reconhecem uma ‘zona livre’ de apreciação jurisdicional, uma espécie de campo neutro não penetrável pelo Direito, a pretexto de privilegiar e preservar, em regra, a separação das funções de Estado.

Mas esse elemento de convergência não é comum apenas a esses modelos, senão a todos os que se propõem a reconhecer formas de atuação do Estado na condução da direção política, a qual pode resultar na prática de atos políticos isentos de responsabilização e controle.

Diante das incertezas de sistematização e dogmatização, além do objetivo de construção de alternativas jurídicas satisfatórias, colhe-se da doutrina lusitana um elenco apreciável de trabalhos acerca dos atos políticos no ambiente jurídico-político português¹²⁸, inobstante sua matriz francesa.

¹²⁷ É preciso advertir que em Portugal, a doutrina juspublicista não é uníssona quanto à extensão, pressupostos e requisitos configuradores dos atos políticos. No entanto, em sua generalidade, afirmam que os atos políticos não se limitam àqueles emanados diretamente pelo Poder Executivo no exercício da função política.

¹²⁸ A confirmar o sobredito, cita-se, dentre outros, Afonso Rodrigues Queiró, autor da obra *Teoria dos Atos de Governo*; Cristina Queiroz, com “*Os atos políticos no Estado de Direito*”, cujo enfoque se ajusta às preocupações de judiciabilidade de atos políticos (incluídos atos de natureza política, ainda que materialmente administrativos); mais recentemente, um promissor jurista denominado Marco Caldeira, com a obra “*Actos políticos, direitos fundamentais e constituição*”. Esses citados estudiosos do tema serviram substancialmente para embasar a elucidação pretendida, além daqueles que, de longa data, dedicam-se ao estudo globalizado do Direito Público interno e internacional, dentre os quais se pode anotar: professor Jorge Miranda, notadamente, pela contribuição do recente artigo “*Revisitando os atos de governo*”; dos

Para esclarecimento, mister fornecer um apanhado de manifestações de doutrinadores portugueses e suas mais variadas maneiras de enxergar a questão¹²⁹, ainda que o fundamento *tautológico* que fundamenta o ato político seja o mesmo: ato praticado no exercício da função política.

A análise portuguesa terá como marco inicial a Constituição portuguesa de 1826, a qual não previu expressamente sobre atos políticos, como também não existiu no período de sua vigência uma lei que regulamentasse a matéria, a exemplo do que ocorreu no sistema francês¹³⁰.

Contudo, na altura, a doutrina chegou a reconhecer uma certa categoria de atos, os quais, inalcançáveis pela atuação da jurisdição administrativa portuguesa, diriam respeito à uma atuação excepcionalmente ampla do Poder Executivo, admitindo-se assim uma secção entre atos administrativos e atos de governo.

Essa partição e não judiciabilidade dos atos de governo, aliado ao momento em que a jurisdição administrativa veio a alargar seu campo de atuação, permitiu compreender que mesmo alguns atos praticados pelo Poder Executivo poderiam acarretar lesão a direitos adquiridos ou ferir interesses legítimos de particulares, a justificar uma teoria dos atos de governo¹³¹. Por meio dessa incipiente teorização, os atos praticados no exercício do Poder Moderador, além da maioria dos atos levados a cabo pelo Poder Executivo, sofreram alguma forma de controle. Vale dizer que ainda permaneciam ao largo de uma responsabilização (e controle) jurisdicional, inobstante a possibilidade de sofrerem controle pelo Parlamento.

De seguida, já na vigência da Constituição portuguesa de 1911, um fato se tornou recorrente e apresentou uma relativa alteração no controle dos atos executivos, dado que o Poder Executivo passou a recusar, com assiduidade, a homologação às consultas

conselheiros João Caupers e Maria Lúcia Amaral, os quais se deparam com questões diuturnas capazes de instigar a novos pensamentos e colocações de problemas à comunidade jurídica. E a lista não para por aí. Essa é apenas uma breve citação, para retratar que os atos políticos foram e são objeto de análise, em Portugal.

¹²⁹ Cfr. CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p. 56-100. No mesmo sentido e com a mesma profundidade, o professor Lourenço Vilhena de Freitas já havia abordado a matéria por ocasião dos relatórios de mestrado, já nos anos de 1997 e 2000, conforme a seguir: FREITAS, Lourenço Vilhena de. *A sindicabilidade dos actos parlamentares: sofisma ou realidade?* Lisboa: [s.n.], 1997 e, FREITAS, Lourenço Vilhena de. *O controlo judicial dos actos parlamentares*. Lisboa: [s.n.], 2000, 94p.

¹³⁰ Cfr. CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p. 73.

¹³¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Teoria dos Actos...*, p. 568.

formuladas tanto para o Conselho de Estado, quanto para o Supremo Tribunal Administrativo. Embora essa mudança fática tenha ocorrido, ainda permanecia a possibilidade desses atos de recusa serem controlados pela via parlamentar¹³².

Outra mudança foi percebida no período de 1924 a 1930, quando em Portugal se adotou a *justice déléguée*, nos termos do Decreto com força de lei nº 18.107, de 27 de fevereiro de 1930, em que “os actos e decisões do Poder Executivo e de quaisquer autoridades, quando funcionem por delegação do Legislativo”¹³³, estarão excluídos do contencioso administrativo.

Mas foi com a Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo que Portugal aderiu expressamente à teoria dos atos de governo. Conforme o disposto no art. 16, nº 2, do Decreto-lei nº 40.758, de 8 de setembro de 1956, os atos de governo cujo conteúdo fosse essencialmente político ficavam *excluídos* do recurso contencioso de anulação.

No contexto constitucional de 1976, outros diplomas também vieram a consagrar a teoria dos atos de governo, sendo eles os Estatutos dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Consoante o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1984, em seu artigo 4º, nominado *Limites da jurisdição*, previu que as ações e recursos cujo objeto diga respeito “aos actos praticados no exercício da função política e responsabilidade pelos danos decorrentes desse exercício”¹³⁴ ficam excluídos da jurisdição administrativa e fiscal.

Per saltum, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais de 2002, quase à mesma maneira que o Estatuto acima referenciado, excluiu da jurisdição administrativa e fiscal as ações e recursos cujo litígio tenha como objeto a apreciação de atos praticados no exercício das funções política e legislativa.

Qual seria, desse modo, o critério satisfatório para avaliar se um ato é político ou se é qualquer outra coisa menos um ato político? Com Afonso Rodrigues Queiró, a solução proposta à época resultava da concepção de ato político a partir da perspectiva legislativa.

¹³² Cfr. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Teoria dos actos...*, p. 571.

¹³³ CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p. 74.

¹³⁴ Vide. Decreto-lei nº 129, de 27 de abril de 1984, Art. 4º, nº 1, alínea “a”. O legislador também delimitou o âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, expressamente, quanto à função legislativa, nos termos a seguir: Decreto-lei nº 129/84, art. 4º - (...), nº 1 - (...): b) Normas legislativas e responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função legislativa; (...).

Desta feita, o que bastaria identificar para reconhecer um ato como um ato político? Em princípio, a distinção adviria da expressa menção via ato normativo, como é o caso da exclusão expressa do controle pela jurisdição administrativa e fiscal no tocante a atos praticados no exercício da função política, nos Estatutos dos Tribunais Administrativos Fiscais de 1984 e 2002. Indo um pouco além, para captar se um ato seria político, haveria de perquirir pela motivação do legislador, revelada pelo objetivo desse em excluir determinados atos da apreciação e controle jurisdicional¹³⁵.

Com essa postura, não importaria “encontrar nos atos de governo um conteúdo diferente dos actos administrativos, legislativos ou jurisdicionais da competência do Executivo. Qualquer acto da competência da Administração, seja de natureza propriamente administrativa, seja de natureza legislativa ou jurisdicional, pode ser elevado à categoria de ato de governo só pelo facto de a lei o excluir do controlo contencioso administrativo para deixar à Administração toda a liberdade”¹³⁶.

Todavia, a abordagem do ato político pelo critério formal-legislativo mereceu a revisão do próprio autor. E não haveria de ser diferente, porque a permanência de um critério tão somente formal, sem analisar o conteúdo, implica na própria desnecessidade de teorização dos atos de governo.

Revisada a própria concepção, passou a tratar o ato político como ato individual e concreto, constitucionalmente disciplinado, para dar execução à Constituição. Contudo, também essa posição parece ser facilmente refutada. Primeiro, porque os atos políticos não são tão somente atos individuais e concretos, como também não se diga que são todos eles decorrentes da Constituição.

Em busca de um critério uniforme e capaz de conceituar o ato proferido como sendo um ato político, a doutrina e jurisprudência portuguesa têm compreendido que o ato político é aquele praticado no exercício da função política. Por sua vez, a função política, como já elucidado em item apartado, revela-se uma atividade de direção suprema e geral

¹³⁵ Aqui se nota uma semelhança com o *indirizzo político* (ato de Governo, em Itália), uma vez que o surgimento do *indirizzo político* decorreu da introdução legislativa, conforme foi relatado nesse estudo, anteriormente.

¹³⁶ Cfr. QUEIRÓ. Afonso Rodrigues. *Teoria dos actos...*, p. 609.

do Estado, tendo por objectivos a definição dos fins últimos da comunidade e a coordenação das outras funções à luz desses fins.

Em linhas gerais, consoante assertiu Caldeira “(...) quando se fala em “actos políticos” ou “actos praticados no exercício da função política”, tem-se em mente actos tão diferentes entre si como (sem quaisquer pretensões de exaustividade) a demissão do Governo, a dissolução da Assembleia da República; a aprovação ou rejeição parlamentar de uma moção de censura ou de uma moção de confiança ao Governo; a aprovação ou rejeição parlamentar do programa do Governo; a declaração do estado de sítio ou de emergência, a declaração de guerra, a convocação de referendos, o indulto ou comutação de penas, bem como a promulgação ou o veto por parte do Presidente da República. Todos estes actos jurídico-constitucionais (e diversos outros ainda poderiam ser enunciados) expressam um *indirizzo* político e não se integram no exercício de qualquer outra função estadual, devendo, pois ser qualificados como atos políticos (*stricto sensu*).¹³⁷”

Da mera leitura das espécies de atos políticos supra elencadas, além de classificações outras, que incluem um tanto mais tipos de atos políticos, constata-se facilmente uma forte ausência de critério uniformizador. É bem possível a dissecação dos atos políticos, com a identificação de características similares a permitir o agrupamento em certa categoria, quão mais harmoniosos sejam uns entre os outros. Mas isso não nos parece bastante para dizer, com grau de segurança, que um ato político assim será, por se assemelhar a outro (forma, matéria, sujeito, processo de implementação etc). Eis que, para um estudo jurídico com vistas à elaboração de uma teoria de atos políticos, ou ainda, com vistas ao estabelecimento de um princípio geral que determine a sua ocorrência, a doutrina tem contribuído com exemplos tão variados que, por vezes, o estudo se perde em si mesmo.

Daí que o ponto de referência, o fio de ligação do ato político se dá a partir e em razão do exercício da função política. Logo, o que tem sido concebido como ato político depende da averiguação, prévia, da ocorrência da função política sobre o ato que se venha praticar.

¹³⁷ CALDEIRA, Marcos. *Actos políticos...*, p. 97.

Na proposta classificatória de Jorge Miranda, no tocante aos atos de governo¹³⁸, o jurista tece um regramento a partir da Constituição, sendo as primeiras regras subjacentes às mesmas regras gerais aplicáveis aos atos jurídico-constitucionais. Nesse passo, os atos políticos em sentido estrito: a) hão de estar em conformidade com a Constituição, a fim de que seja reconhecida a sua validade; b) não se admite delegação de competência para a sua prática, porque nenhuma norma constitucional a autoriza; c) vinculam-se ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, dotados esses de aplicabilidade imediata; d) implicam responsabilidade do Estado, quando envolvem violação a direitos, liberdades e garantias, e) dirigem-se aos titulares dos órgãos de onde são emanados, os quais respondem politicamente, e nos termos da lei, civil e penalmente; pela sua prática; estão sujeitos à publicidade¹³⁹.

Acerca da necessidade ou não dos atos políticos serem fundamentados há que se buscar a validade na própria norma constitucional, donde se extrai que alguns atos políticos recebam o comando expresso da Carta Constitucional, impondo o dever de fundamentação para a prática de determinados atos¹⁴⁰, enquanto para outros não demande tal exigência^{141 142}.

¹³⁸ Ressalta-se que Jorge Miranda utiliza o termo composto *ato de governo* para se referir ao *ato político*. Nesse particular, o termo *ato de governo*, em vez de facilitar a compreensão imediata, induz a erro, no sentido de se pensar que os atos de governo estão restritos às atividades de Governo, ou quando assim não seja, atos desempenhadas pelo Chefe de Governo e/ou Chefe de Estado.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra, 2012, p. 491.

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos...*, p. 492. Consoante o estudo de Jorge Miranda, são exemplos de atos que devem, necessariamente, ser fundamentados: a) a proposta de convocação de referendo, tão só em questões de relevante interesse nacional (art. 115, nº 3 da CP/76) e a correspondente decisão, sobremaneira na hipótese de recusa (art. 134º, alínea c); b) a declaração de estado de sítio ou de estado de emergência, nos casos de agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública (art. 19º, nº 2), “adequadamente fundamentada”; c) também, o veto político dos decretos para serem promulgados como leis (art. 136º, nº1); d) dado o sistema de governo parlamentar, incluiu nesse rol o ato de demissão do Governo pelo Presidente da República, nos caso em que “se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas” (art. 195º, nº 2). Além desses, menciona, em especial, os atos políticos produzidos pelo Presidente da República e que estejam sujeitos, obrigatoriamente, à consulta do Conselho de Estado, quando a manifestação volitiva do Presidente se contraponha àquela contida no parecer do órgão colegiado.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos...*, p. 492. Elenca como atos que não demandam fundamentação necessária: a) o veto político dos decretos do Governo; b) a rejeição do programa de Governo; c) o pedido de voto de confiança do Governo à Assembleia da República; d) a moção de censura ao Governo; e) por fim, cita os requerimentos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas e de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁴² Nesse caso, entende-se que a ausência de motivação do ato só seria tolerável se a motivação correspondesse à própria exteriorização do ato, por vezes revelada pela concretização do verbo reitor da ação.

Além de reconhecer o contributo do professor Jorge Miranda, ao revisitar os atos de governo na Constituição Portuguesa de 1976, apropriamo-nos da ‘nova’ classificação por ele proposta, com a finalidade de, por meio dela, expor atos políticos na Constituição brasileira de 1988.

Com a percuciência e experiência jurídica que lhe competem, cumpre trazer à colação algumas de suas considerações. A primeira delas diz respeito à possibilidade de haver atos políticos (ou de governo, na expressão de Jorge Miranda) praticados pelos órgãos de soberania, especialmente o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, variáveis quanto ao grau de liberdade que lhes seja constitucionalmente permitido.

No entanto, a possibilidade de praticar atos políticos não se reduziria apenas aos órgãos de soberania, senão também poderiam ser praticados pelo Presidente da Assembleia da República e do Primeiro-Ministro, como órgãos *a se*. Já com uma atuação um pouco diversa, também se reconheceria a possibilidade de proferir atos políticos ao Conselho de Estado, e como órgãos consultivos, ao Conselho Económico e Social e ao Conselho Superior de Defesa Nacional¹⁴³.

A suscitar dúvida quanto à possibilidade de edição de atos políticos, propriamente ditos, o Tribunal Constitucional teria manifestações esparsas, cuja repercussão política de fundo não possua grau relevante, cingindo-se a atos de mero reconhecimento, como os casos de verificação da morte e declaração de impossibilidade física permanente do Presidente da República, e demais impedimentos temporários, ligados ao exercício de suas funções¹⁴⁴; verificação da perda do cargo do Presidente da República, nos casos previstos no n° 3 do art. 129° (quando o Presidente da República se ausentar do território nacional sem o assentimento da Assembleia da República ou da sua Comissão Permanente, quando aquela não estiver em funcionamento) e no n°3 do art. 130 (quando o Presidente da República for condenado por crime praticado no exercício de suas funções)¹⁴⁵; por fim,

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. *Revisitando os actos...*, p. 485. As atividades dos Conselhos mencionados, quando versarem sobre ‘questão essencialmente políticas’, ou com repercussão política, *podem* ser consideradas como atos políticos ou, não chegando a tanto, em atos auxiliares da função política.

¹⁴⁴ Cfr. Constituição de Portugal, Art. 223, n° 2, alínea *a*.

¹⁴⁵ Cfr. Constituição de Portugal, Art. 223, n° 2, alínea *b*.

verificação da morte ou outro fato incapacitante para o exercício da função presidencial, de candidato a Presidente da República (cfr. art. 124, nº 3)¹⁴⁶.

De fato, não são atos políticos na conformação que se pretendeu dar, mas atos declaratórios ligados à figura do Presidente da República, sujeito a quem se confere uma maior gama de atos políticos proferíveis. Além disso, pode-se afirmar também que guardam alguma carga de politicidade, em razão da causa e dos efeitos advindos da prática desses atos. À nossa impressão, nada mais que isso.

Quanto ao aspecto subjetivo, desse modo, afirma-se que os atos políticos não são exclusivos de um único centro de poder, ou resumíveis aos órgãos de soberania: Presidência da República, Assembleia da República e Governo. Cientes dessa característica que atinge os atos políticos, importa-nos descrever os critérios ligados à margem de liberdade que impinge sobre os sujeitos da função política.

Em virtude desse critério, podem ser caracterizados como: a) atos de prática obrigatória¹⁴⁷; b) atos dependentes de resultados eleitorais¹⁴⁸; c) atos dependentes de referenda livre¹⁴⁹; d) atos dependentes de referenda obrigatória¹⁵⁰; e) atos livres, mas

¹⁴⁶ Cfr. Constituição de Portugal, Art. 223, nº 2, alínea c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei; (...).

¹⁴⁷ Incluem-se nesse critério, referentes a atos praticados pelo Presidente da República, os seguintes: marcação de data das novas eleições, sessenta dias após a dissolução da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (art. 113º, nº 6); submeter à fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade as propostas de referendo da Assembleia da República, do Governo e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (art. 115º, nº 8 e 232º, nº 1); exonerar os membros do Governo, em virtude de proposta do Primeiro-Ministro (art. 133º, alínea *h*); exonerar o Primeiro-Ministro aquando da nomeação e posse do novo Primeiro-Ministro (arts. 133º, alínea *g*, 2ª parte, e 186º, nº 4); presidir ao Conselho de Superior de Defesa Nacional (arts. 133, alínea *o*, e 271º); promulgar as leis, quando, após veto ‘político’, a Assembleia da República venha ‘derrubá-lo’, respeitando-se o quórum exigido, a depender da espécie normativa em questão (art. 136º, nºs 2 e 3); Presidir ao Conselho de Estado (art. 142º); submeter a referendo a instituição em concreto das regiões administrativas; designar o Ministro que deve substituir o Primeiro-Ministro na sua ausência ou no seu impedimento, quando ele não o tenha indicado (art. 185º, nº 1); por fim, promulgar as leis de revisão constitucional (art. 286º, nº 3).

¹⁴⁸ Nomear o Primeiro-Ministro (arts. 133º, alínea *f* e 187º, nº1).

¹⁴⁹ São exemplos de atos de referenda livre: a) nomear e exonerar os membros do Governo: nomear e exonerar o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República e os Chefes do Estado-Maior das Forças Armadas (art. 133º, alíneas *m* e *p*), como também embaixadores e enviados diplomáticos (art. 135º, alínea *c*); assinar os Decretos de Governo (art. 134º, alínea *b*, 3ª parte); declarar o estado de sítio e o estado de emergência (arts. 134º, alínea *d* e 138º); por fim, declarar a guerra e fazer a paz (art. 135º, alínea *c*).

¹⁵⁰ Quanto ao atos de referenda obrigatória: dissolve as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas (art. 133º, alínea *j*, e 234, nº1); nomear e exonerar os Representantes da República para as regiões autónomas (arts. 133º, alínea *l* e 230º); promulgar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares (art. 134º, alínea *b*, 1ª parte); assinar as resoluções da Assembleia da República de aprovação de acordos internacionais (art. 134º, alínea *b*, 2ª parte); indultar e comutar penas (art. 134º, alínea *f*); por último, ratificar os tratados internacionais (art. 135º, alínea *b*).

dependentes de audição não vinculativa¹⁵¹; f) atos sujeitos à regulamentação legislativa¹⁵²; g) atos com liberdade de recusa¹⁵³; g) atos com liberdade de impulso ou liberdade de iniciativa¹⁵⁴.

Vale dizer que nem todos esse critérios se aplicam, à integralidade, aos sujeitos constitucionalmente competentes à prática de atos políticos. Indubitavelmente, a maior extensão interna, entre graus de liberdade, dirige-se à figura do Presidente da República. Poderia-se, em virtude disso, concluir por uma prevalência de função, ou de atribuição de função estatal? De imediato, pensa-se que essa constatação não seria bastante para responder em tom afirmativo. No entanto, a repartição constitucional de competências empreendida pela Carta portuguesa, em tese, resulta uma constitucionalização de atos políticos concentrados na figura daquele que detém a Chefia do Estado, fruto do sistema semipresidencial português.

Como se trata de concentração, não de uma exclusividade, aproveita-se para expor alguns dos atos *de governo* cuja competência está atribuída à Assembleia da República e ao Governo.

¹⁵¹ Atos livres, mas dependentes de audição não vinculativa seriam: dissolver a Assembleia da República e as Assembleias Legislativas das regiões autónomas; demitir o Governo; indultar e comutar penas; nomear e exonerar os Representantes da República para as regiões autónomas; e, declarar a guerra e fazer a paz.

¹⁵² Marcar os dias das eleições do Presidente da República, dos Deputados à Assembleia da República, dos Deputados ao Parlamento Europeu e dos Deputados às Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas; exercer as funções de Comandante Supremo das Forças Armadas; e conferir condecorações e exercer as funções de grão-mestre das ordens honoríficas.

¹⁵³ Jorge Miranda cita como exemplos de atos com liberdade de recusa (da proposta): nomear os membros do Governo; presidir ao Conselho de Ministros, quando o Primeiro-Ministro lho solicitar; nomear e exonerar o Presidente do Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República e os Chefes do Estado-Maior, General das Forças Armadas, o Vice-Chefe, quando existir, e ainda os Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas; promulgar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares; assinar as resoluções da Assembleia da República de aprovação de acordos internacionais; assinar os restantes decretos do Governo; submeter a referendo questões de relevante interesse específico regional; nomear os embaixadores e os enviados diplomáticos; acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros; ratificar os tratados internacionais e assinar as resoluções e os decretos de aprovação de acordos internacionais; declarar guerra e fazer a paz; aceitar o pedido de demissão apresentado pelo Primeiro-Ministro.

¹⁵⁴ Por fim, os exemplos de atos do Presidente da República, com liberdade de impulso ou iniciativa, são os seguintes: convocar extraordinariamente a Assembleia da República; dirigir mensagens à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas; nomear cinco membros do Conselho de Estado e dois vogais do Conselho Superior da Magistratura; pronunciar-se sobre todas as emergências graves para a vida da República; requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis ou decretos-leis e de convenções internacionais; requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas; requerer ao Tribunal Constitucional a verificação do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais; vetar os decretos para serem promulgados como leis, decretos-leis e decretos regulamentares; solicitar ao Conselho de Estado que se pronuncie sobre quaisquer atos compreendidos no exercício de suas funções quando a consulta não seja obrigatória.

Seriam atos da Assembleia da República, dotados de grau elevado de liberdade política de decisão: propor ao Presidente da República a sujeição de referendo de questões de relevante interesse nacional; promover o processo acusatório em face do Presidente da República, em virtude de delitos praticados no exercício de suas funções; votar moções de rejeição do programa do Governo e moções de censura ao Governo; além de constituir comissões parlamentares de inquérito. Dentre alguns atos inseridos no rol daqueles com liberdade de recusa, exemplifica-se: aprovar tratados e acordos internacionais afetos à sua competência ou submetidos pelo Governo; autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz; ou, ainda, declarar urgência do processamento de qualquer proposição normativa (projeto/proposta de lei ou resolução).

No que concerne aos atos de governo emanados pelo Governo, dá-se relevância aos atos cuja carga de politicidade acompanha a sua exteriorização, quais sejam: ato de propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional; ato de referendar atos do Presidente da República¹⁵⁵; negociar e ajustar convenções internacionais; aprovar os acordos internacionais que não sejam da competência da Assembleia da República; submeter acordos internacionais à aprovação da Assembleia da República; e propor ao Presidente da República a declaração de guerra ou a feitura da paz. Dentre esses atos, percebe-se atividades exercidas pelo Chefe de Governo, próprias das relações internacionais, no exercício do direito de soberania. Também lhe compete praticar atos voltados à dinâmica interna da vida intergovernamental, como é o que se passa na apresentação de projetos de lei e de resolução à Assembleia da República.

Visto que há um número expressivo de atos de governo extraíveis do ordenamento jurídico português, substancialmente da Constituição Portuguesa em vigor, não se descarta a dificuldade que surge na caracterização e qualificação de alguns atos como atos políticos.

¹⁵⁵ AMARAL, Diogo de; OTERO, Paulo. *O valor jurídico-político da referenda ministerial*. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 56. I. Jan 1996, p. 115 e ss. Acerca desse instituto, diz-se que tem “uma função de controlo da validade dos actos do Presidente da República e desempenha também uma função autorizativa da produção dos efeitos destes, ela envolve uma verdadeira função garantística para os cidadãos: a referenda controla a legalidade jurídica dos atos presidenciais e faz o Governo responder política, civil e criminalmente pela permissão de tais actos produzirem efeitos jurídicos”. Ainda consoante os autores, salienta-se que essa atividade de controle não quer dizer que o Presidente da República está sendo responsabilizado politicamente pelo Governo, senão um compartilhamento, em função da participação do Governo, das responsabilidades a serem assumidas.

Ainda sobre a questão dos atos políticos em Portugal, cumpre mencionar que os Tribunais Administrativos também têm reconhecido a existência de atos produzidos no exercício da função política, para afastar sua responsabilização administrativa, como já se fez notar em matérias relativas à transferências de verbas para as autarquias, contidas em normas do orçamento ou de execução orçamental, tidas como atos políticos. Ainda acerca de matéria financeiro-orçamentária, discutiu-se sobre a natureza do ato de supressão da transferência do Orçamento do Estado das verbas necessárias para garantir a remuneração dos membros das juntas de freguesia, em regime de permanência.

Também foi aventada a questão na decisão do Ministério da Saúde quanto ao encerramento de maternidades e salas de partos, dentre outros casos.

Por tudo quanto exposto nesse item, referente aos atos políticos em Portugal, há que se tecer algumas considerações. A primeira delas se pauta em um reconhecimento da existência dos atos políticos pelos órgãos típicos das funções estatais, considerado o sistema semipresidencial português. Essa cognoscibilidade se fundamenta em distintos atos estatais, como é o caso do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, que afasta legalmente a responsabilização administrativa por atos praticados no exercício da função política. Além da previsão legal, o Tribunal Constitucional, assim como os tribunais de jurisdição administrativa reconhecem a existência de atos políticos. Também a Assembleia da República não só reconhece como vivencia a função política, com a prática de atos políticos.

Como o tema é irrequieto, cabe obtemperar que o contributo ofertado pelas fontes portuguesas hão de servir, quando pouco, para balizar, como se espera, novas problematizações no campo do Direito brasileiro. Em razão disso, a trajetória terá como alvo as manifestações dedutíveis e confirmadas pela realidade brasileira, na temática dos atos políticos.

CAPÍTULO IV – ATO POLÍTICO: a experiência brasileira

1. ATO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No capítulo anterior foram apresentadas concepções variadas de atos políticos, sendo acolhida a tese de que os atos políticos são atos praticados por quem competente, no exercício da função política.

Advertiu-se anteriormente não haver um critério unívoco capaz de dar ao ato político o *status* almejado pela doutrina jurídica, em virtude de incidir sobre ele uma variável carga de politicidade.

No entanto, como também não há um critério objetivo, fixo, para se apreender o político, cumpre elencar, com base no texto constitucional brasileiro vigente, espécies de atos políticos nela expressos, sem a pretensão de esgotá-los ou de, inadvertidamente, olvidá-los.

Antes, no entanto, informa-se que as Cartas Constitucionais brasileiras de 1934 e de 1937 dispuseram em seu texto a regra que afasta a apreciação dos atos emanados do exercício da função política.

A Constituição brasileira de 16 de julho de 1934¹⁵⁶, no Título I, Capítulo IV, Seção I, ao esclarecer as disposições preliminares atinentes ao Poder Judiciário, positivou a seguinte regra de direito:

“ Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

¹⁵⁶ A Constituição foi promulgada pela Assembleia Constituinte maior poder ao Governo federal; voto obrigatório e secreto a partir dos 18 anos, com direito de voto às mulheres, mas mantendo proibição do voto aos mendigos e analfabetos; criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; criação de leis trabalhistas, instituindo jornada de trabalho de oito horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas; mandado de segurança e ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937¹⁵⁷, também conhecida como Constituição do Estado Novo, foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas e impôs aos seus destinatários uma redução significativa dos direitos¹⁵⁸. No tocante às questões políticas, reiterou *ipsis litteris*, o dispositivo da constituição anterior¹⁵⁹ e afastou a apreciação do Poder Judiciário sobre questões exclusivamente políticas.

Após a expressa menção constitucional nesses dois diplomas constitucionais, não há registro da repetição dessa regra em nenhuma outra Constituição posterior

Dito isto e tendo em vista que os atos políticos são comumente praticados pelos órgãos de soberania, passa-se a elencar aqueles cuja competência está constitucionalmente atribuída ao Presidente da República. O artigo 84 da Carta da República é pródigo ao estabelecer 26 (vinte e seis) atribuições ao Presidente e ainda ressaltar a possibilidade de exercer outras tantas atribuições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88).

No cumprimento desse desiderato, valemo-nos parcialmente da classificação referenciada, de autoria de Jorge Miranda, no tópico precedente, nos termos a seguir dispostos. Assim, pode-se elencar como:

a) atos de prática obrigatória: remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias¹⁶⁰; enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento,

¹⁵⁷ Dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo.

¹⁵⁸ Fica patente o quadro histórico por que passava o Brasil, inclusive, estampado no preâmbulo da Carta de 1937, nos termos a seguir: “Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: (...)”.

¹⁵⁹ Cfr. Art. 94 da Constituição Brasileira de 1934, segundo o qual “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

¹⁶⁰ Cfr. Art. 84, XI, CRFB/88.

previstos na Constituição¹⁶¹; e, prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior¹⁶²;

b) atos dependentes de referenda livre: nomear e exonerar os membros do Governo¹⁶³; decretar o estado de defesa e o estado de sítio, bem como decretar e executar a intervenção federal¹⁶⁴; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62 da CRFB/88¹⁶⁵;

c) atos dependentes de referenda obrigatória: declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional¹⁶⁶; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional¹⁶⁷; nomear os membros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 101, parágrafo único da CRFB/88¹⁶⁸.

d) atos livres, mas dependentes de audiência não vinculativa: indultar e comutar penas¹⁶⁹; declarar guerra, no caso de agressão estrangeira¹⁷⁰; celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

e) atos sujeitos à regulamentação legislativa: conferir condecorações e distinções honoríficas¹⁷¹.

f) atos com liberdade de recusa: promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução¹⁷²; assinar os atos e decretos do

¹⁶¹ Cfr. Art. 84, XXIII CRFB/88.

¹⁶² Cfr. Art. 84, XXIV CRFB/88.

¹⁶³ Cfr. Art. 84, I da CRFB/88.

¹⁶⁴ Cfr. Art. 84, IX e X, CRFB/88.

¹⁶⁵ Cfr. Art. 84, XXVI da CRFB/88.

¹⁶⁶ Cfr. Art. 84, XIX, CRFB/88.

¹⁶⁷ Cfr. Art. 84, VIII, CRFB/88.

¹⁶⁸ Nos termos do artigo 101, *caput* e parágrafo único: Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

¹⁶⁹ Cfr. Art. 84, XXII CRFB/88.

¹⁷⁰ Cfr. Art. 84, XIX, CRFB/88.

¹⁷¹ Cfr. Art. 84, XXI, CRFB/88.

¹⁷² Cfr. Art. 84, IV, da CRFB/88.

Governo; acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros¹⁷³; ratificar os tratados internacionais; declarar guerra e celebrar a paz;

g) atos com liberdade de impulso ou liberdade de iniciativa: nomear e exonerar os Ministros de Estado¹⁷⁴; iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição¹⁷⁵; nomear dois membros para integrar o Conselho da República¹⁷⁶; nomear um terço dos membros do Tribunal de Contas da União¹⁷⁷; nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União¹⁷⁸; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e nomear Ministros dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central¹⁷⁹; pronunciar-se sobre todas as emergências graves para a vida da República; requerer a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas ao Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰; vetar projetos de lei, total ou parcialmente¹⁸¹; editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62¹⁸².

Logo, vê-se que vários dos atos enunciados acima possuem a conotação de ato político, inclusive guardam semelhança com aqueles atos da classificação formulada recentemente por Jorge Miranda, em virtude das Constituições portuguesa e brasileira disporem sobre temas de igual envergadura.

Essa amostragem, apenas visa corroborar o fato de que a Constituição brasileira em vigor consagrou expressamente espécies de atos que, não compreendidos em nenhuma das demais funções de Estado, poderiam ser qualificados como atos políticos.

2. ATO POLÍTICO NA DOUTRINA

¹⁷³ Cfr. Art. 84, VII, 2ª parte, da CRFB/88.

¹⁷⁴ Cfr. Art. 84, I da CRFB/88.

¹⁷⁵ Cfr. Art. 84, III da CRFB/88.

¹⁷⁶ Cfr. Art. 89, VII da CRFB/88.

¹⁷⁷ Cfr. Art. 84, XV da CRFB/88.

¹⁷⁸ Cfr. Art. 84, XVI da CRFB/88.

¹⁷⁹ Cfr. Art. 84, XIV da CRFB/88.

¹⁸⁰ Cfr. Art. 103, I da CRFB/88.

¹⁸¹ Cfr. Art. 84, V da CRFB/88.

¹⁸² Cfr. Art. 84, XXVI da CRFB/88.

Interessa-nos nesse item, expor a visão da doutrina brasileira em referência aos atos políticos, no afã de detectar ou traduzir elementos que capacitem a formulação mínima de um sentido para os atos políticos, notadamente para o sistema de direito brasileiro.

De imediato, importa afirmar que o estudo dos atos políticos, na doutrina brasileira, tem sido formulado assistematicamente e de forma esparsa. Por volta da metade do século passado, Castro Nunes firmou o entendimento de que as “medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo a aspétos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha dos meios, etc.”. Continua o autor: “(...) não se diz, nem se poderia dizer, que a discricção legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassa as raías que condicionem o exercício legítimo do poder. (...) Na verdade, os tribunais não se envolvem, não examinam, não podem sentenciar nem apreciar, na fundamentação de suas decisões, as medidas de caráter legislativo ou executivo, políticas ou não, de carater administrativo ou policial, sob aspeto outro que não seja o da legitimidade do ato, no seu assento constitucional ou legal. Mas, acrescento, nessa esfera restrita, o poder jurisdicional dos tribunais não comporta restrição de espécie alguma, fundada na natureza da medida, seja política ou discricionária.”¹⁸³

Essa contribuição colhe paralelos já vistos anteriormente nesse estudo, no sentido de não afastar a judiciabilidade de questões, independentemente da natureza que possuam. Contudo, alicerça a posição de que a jurisdição tem o poder de conhecer e dizer o direito apenas no que se refere à legitimidade do ato. De toda sorte, pode-se afirmar que a posição esposada, naquela altura, representou um avanço. Assim se diga, em razão da contemplação do Estado de Direito na Constituição democrática brasileira de 1946.

Contemporânea à manifestação precedente, Pontes de Miranda entendia não poder “o Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas, como seriam as que versassem sobre a oportunidade, acerto ou conveniência do ato. (...) Onde a questão política se liga a atos que violavam direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política. Nunca se considere questão

¹⁸³ NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. 6. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense.

exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber – se existe ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas – (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios), de algum dos poderes públicos (Poder Legislativo Federal, Poder Executivo Federal, Poder Executivo Estadual, Poder Judiciário Federal, Poder Judiciário Estadual, Prefeitos, Câmaras Municipais) ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado, ou se não pode ser violado (habeas-corpus, mandado de segurança) direito individual. (...) Sempre que se discute se é constitucional, ou não o ato do Poder Executivo ou do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido e caiu-se no terreno da questão jurídica”¹⁸⁴.

Referencial de jurista na doutrina do direito público brasileiro, Pontes de Miranda vinculou o conhecimento (justiciabilidade/jurisdicionalidade) das matérias exclusivamente políticas quando em xeque direitos. As hipóteses por ele enumeradas demonstram uma despolitização do ato e sua respectiva judicialização. Na concepção dele, o Poder Judiciário poderia se pronunciar sobre as questões em razão da transmutação que sofriam ao deixar de serem exclusivamente políticas. A nosso ver, a posição do jurista, *grosso modo*, aproxima-se de uma atuação precavida do Poder Judiciário, a quem competiria intervir somente nos casos de afronta a direitos, preservando-se, destarte, a harmonia entre as demais funções de poder¹⁸⁵.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, por seu turno, reconhece a existência de atos de Governo no ordenamento brasileiro e cita como exemplos, os seguintes: a) a convocação extraordinária do Congresso Nacional, a nomeação de Comissões Parlamentares de Inquérito, as nomeações de Ministros de Estado, as relações com Estados estrangeiros, a declaração de guerra e de paz, a permissão para que forças estrangeiras transitem pelo território do Estado, a declaração de estado de emergência e de estado de sítio, a

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 2, p. 178.

¹⁸⁵ Sendo essa a linha de Pontes de Miranda, parece-nos que Maria Sylvia Zanella di Pietro a endossou. Ao se manifestar sobre as funções de governo e administrativa, a professora defende que as questões exclusivamente políticas permaneciam não apreciáveis pelo Poder Judiciário, embora o dispositivo não tivesse sido repetido nas constituições posteriores à de 1937. No entanto, só seriam não judiciáveis caso não afetassem direitos subjetivos. “Se houver lesão a direitos individuais e, atualmente, aos chamados interesses difusos protegidos por ação popular e ação civil pública, o ato de Governo será passível de apreciação pelo Poder Judiciário. Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p.51.

intervenção federal nos Estados, os atos decisórios que fixam metas, diretrizes ou planos governamentais.¹⁸⁶

Numa ideia de evolução doutrinária, para o tempo presente, afirma-se que os “atos de governo (políticos) seriam provenientes de autoridades do alto escalão do Poder Executivo e versariam, predominantemente, sobre o relacionamento com outros poderes (âmbito interno) ou com outros países (âmbito externo). Ex.: apresentação ou retirada de projeto de lei pelo Chefe do Executivo; sanção, promulgação e publicação de leis; veto a projetos de lei; declaração de guerra etc.

Ainda que se possa perceber, em algumas situações, a distinção entre atividades administrativas (prestação de serviços públicos etc.) e atividades de governo (decisões políticas fundamentais na alocação de recursos orçamentários, no planejamento das políticas públicas, nas relações internacionais etc.), fato é que não existe uma fronteira rígida entre essas duas funções. A distinção geralmente é utilizada com o intuito de afastar os atos políticos do controle judicial, o que, atualmente, deve ser refutado, ou, ao menos, relativizado, pois nenhum ato jurídico (político ou administrativo) pode escapar, em princípio, do controle judicial, em razão do art. 5º, XXXV, da CRFB, o que pode ser demonstrado, por exemplo, pelo fenômeno da judicialização das políticas públicas.”¹⁸⁷

Essa dificuldade de delimitação quanto ao espaço da função política e o da função administrativa resulta pois, da constatação de que “na prática da atuação do Executivo ocorre, em geral, um emaranhado de governo e administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática.”¹⁸⁸

De fato, é salutar compreender que há uma interface entre ambas as funções. Contudo, sendo as funções administrativa e política distintas uma da outra, tecnicamente deverá existir uma linha divisória entre elas, ainda que o liame seja tênue, sob pena de aplicar a um ato o regime jurídico destinado a outra função.

¹⁸⁶ Cfr. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...*, p.51.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014, p.63.

¹⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, jurista brasileiro inclinado ao estudo do Direito Administrativo, procura relações que possam levar à um conceito de ato político, pois nem mesmo a função política (também chamada função de governo) parece estar bem definida na doutrina brasileira.

Para ele, a função de governo “indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. (...) A função de governo também envolve a realização dos direitos fundamentais, mas não consiste numa medida diretamente referida a isso. Quando um presidente firma um tratado internacional, desempenha uma função política. Mas há função administrativa quando firma um contrato administrativo. A distinção não é simples, especialmente porque existem elementos políticos no desempenho de função administrativa, tal como há uma carga administrativa na função política”.¹⁸⁹

Ora, mas essa seria uma percepção até simplória, quando comparada às definições derivadas das doutrinas em direito europeu, como se abordou no item específico, referente às funções administrativa e política.

O próprio autor também parece reconhecer a insuficiência da manifestação, uma vez que a distinção entre a função administrativa e a função política seria problemática.

Entretanto, adota “o entendimento de que a função de governo não apresenta natureza administrativa, o que significa ausência de aplicação do mesmo regime jurídico reservado para a função administrativa. Mas isso não significa que a função política desenvolva-se ao externo da ordem jurídica”.

Duas razões são apontadas para concluir desse modo. A primeira se pautaria na dificuldade em estabelecer limites precisos entre as duas funções, de tal modo que se tornaria impossível invocar a natureza política de uma certa competência a fim de se esquivar do regime jurídico da função administrativa. Mais que isso, chega a admitir a coexistência das duas funções em uma determinada situação.

¹⁸⁹ Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito ...*, p. 125.

O segundo ponto, que nos importa em especial, diz respeito ao controle e limites da função política. Se, de um lado, reconheceu-se que a função política tem contornos diferenciados e não bem definidos, não se poderia concluir que o seu regime jurídico isentaria de controle e limites. Isto porque, no fundo, as questões políticas, quando voltadas para verdadeiras questões de direitos, superam os critérios faltantes das funções políticas e, por consequência, dos atos praticados no exercício dessa função.

Os indícios de uma supra relevância às questões políticas, como questões primárias, cedem ao império do Estado de Direito, proibindo-se aceitar poderes políticos absolutos. Daí que “(e)xistem funções políticas que podem compreender margem de autonomia para a deliberação da autoridade política. No entanto, essa autonomia sempre será interpretada e concretizada como uma manifestação de poder instituído, delimitado e fundado na ordem jurídica. Portanto, a decisão política concretamente adotada estará sujeita a controle de verificação de sua regularidade em face da ordem jurídica.”¹⁹⁰ Essa a posição que adotamos, por ocasião do presente estudo.

3. ATO POLÍTICO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Perpassadas as perspectivas constitucional e doutrinária, afirma-se que a discussão referente ao ato político e seus corolários mereceu acolhida no seio da ordem jurídica brasileira, de tal sorte que o tema deixou de ter um caráter meramente figurativo no âmbito da ciência do direito, para tomar forma e fazer parte da atividade julgadora da Suprema Corte brasileira.

Desse modo, insta descrever qual tratamento tem sido conferido aos atos políticos, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de suas decisões judiciais. De maneira não exaustiva, buscar-se-á apresentar os argumentos expendidos pelos ministros da corte, com a demonstração das razões de decidir, de modo que sirvam de orientação ao estudo dos atos políticos.

¹⁹⁰ Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito ...* p. 126.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, em última análise, dizer o direito em situações conflituosas, sejam elas decorrentes de uma necessária estipulação de significado, sentido e alcance de institutos captáveis pelo Direito, seja pela extensão e modo de sua aplicação.

Está-se diante, destarte, da atividade perenemente atuante e ínsita à judicatura, qual seja, a interpretação e aplicação das normas de Direito, sempre que a Corte for instada a se manifestar.

Anteriormente se reconheceu a existência de normas que gravitam no ordenamento jurídico brasileiro, as quais possuem núcleo com densa carga de politicidade, extraíveis da Constituição da República Federativa do Brasil, permitindo-se falar em atos políticos.

Também demonstrou-se que a doutrina jurídica brasileira reconhece a existência de atos políticos, ainda que a compreensão do instituto não tenha obtido um consenso entre aqueles que pretenderam lançar um olhar científico sobre o tema.

São, portanto, demonstrações de que é evidente a complexidade da temática que, diversas vezes, tem sido abordada, judicialmente, conforme o caso concreto. Lidar com esse fenômeno de maneira casuística poderia induzir a uma tendencial perda de objetividade, ou de outra forma, um espaço maior ao subjetivismo decisional. E esse decisionismo geraria uma fluidez conceitual tamanha a degradingar na recorrente falta de clareza de tratamento que se confere aos nominados atos políticos. Tanto é verdade, que a história encarrega de demonstrar essa inconsistência, quando se passa a analisar os atos políticos a partir do exercício da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal.

Dada a gama de atos políticos, insta afirmar que o pressuposto base de todos os julgados que se seguirão se fundam no “ato político” como gênero. Esse, por sua vez, manifestado por suas diversas espécies. Dessa maneira, os julgados não versarão apenas sobre uma modalidade de ato político, mas em diversas, uma vez que o objetivo está em provocar a reflexão e otimização científico-jurídica sobre o tema.

A Constituição prevê, no âmbito da organização do Poder Judiciário, as competências pertinentes ao Supremo Tribunal Federal em seu art. 102, dentre as quais nos interessa citar:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar

válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (...)”¹⁹¹.

Conhecidas algumas das competências do STF, cumpre abordar as diversas situações em que o Supremo Tribunal Federal decidiu alguma controvérsia jurídica fundada na prática de ato político ou mesmo em hipóteses nas quais teve que interpretar o ato político, quando esse figurou como um critério necessário para a fundamentação da decisão jurisdicional.

Não menos importante, a Suprema Corte também se posiciona sobre a natureza do ato, seja apenas para declará-lo, seja para conferir a determinado ato em análise o significado de ato político, quando sirva de subsídio ao conjunto de fatores materialmente estruturantes da decisão.

Então, há que se ter em conta a variável maneira na qual a Suprema Corte tem tratado os nominados atos políticos. Para tanto, sugere-se que o método de exposição dos precedentes seja o cronológico, não se restringindo àqueles posteriores à entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

Essa, o grande marco jurídico representativo da opção pelo regime de governo democrático, o *turning point* político brasileiro, que serve para impactar o trato do ato político, tal como um divisor de águas: pré e pós Constituição Cidadã de 1988. Se assim ocorreu na prática, essa é uma outra questão.

Logo, agora em diante serão expostos os precedentes do STF, assim como serão expostas as motivações das decisões que giram em torno do ato político, traçadas por meio das manifestações de seus ministros.

Ao disponibilizar os precedentes, prefere-se separá-los do seguinte modo: em primeiro lugar serão expostos os julgados que antecederam à Constituição brasileira de 1988. Posteriormente, aqueles supervenientes à CRFB/88.

¹⁹¹ Para ciência quanto às demais competências, v. CRFB/88, Art. 102.

3.1 DECISÕES ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

a) Mandado de Segurança nº 1423 – DF¹⁹²

Inicia-se a apresentação dos julgados com o Mandado de Segurança nº 1423 – DF (Distrito Federal)¹⁹³, da relatoria do Min. Luiz Gallotti, julgado em 1951. Na altura, o Supremo Tribunal foi provocado a se manifestar sobre questão ligada ao princípio da separação de poderes e a apreciação jurisdicional de *questão política*.

O *mandamus* foi impetrado contra ato da Mesa da Câmara que, atendendo a requerimento de mais de um terço dos membros da Mesa, convocou o Congresso Nacional, em caráter extraordinário, para funcionar até 9 de março de 1951, tendo violado direito líquido e certo do impetrante e dos demais deputados que haviam sido eleitos no último pleito, de exercerem o seu mandato, por convocação própria, ou do Presidente da República, a partir de 1 de fevereiro de 1951.

Em sede de preliminar, a Câmara dos Deputados, por meio da sua presidência, requereu o afastamento da apreciação jurisdicional do ato, por se tratar “de ato exclusivamente político praticado por uma das casas do Congresso Nacional”¹⁹⁴.

¹⁹² No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 1959 – Distrito Federal, com a seguinte ementa: Desde que se recorre ao judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, “máxime” após ter ela inscrito entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º). Se compete ao Supremo Tribunal conhecer do mandado de segurança contra ato da Mesa de uma Câmara Legislativa, competente também há de ser, por mais forte razão, já que outro Tribunal superior a ele não existe, para conhecer do pedido quando o ato impugnado é da própria Câmara. O pretendido direito a um segredo já quebrado não pode ser contraposto ao direito que tem a Câmara de publicar, no seu órgão oficial um inquérito realizado no Banco do Brasil, cuja divulgação a maioria dos representantes do Povo deliberou, como conveniente aos interesses, da Nação. Indeferimento da segurança”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1959&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Também na mesma linha, ver Recurso em Mandado de Segurança 1140 – Mato Grosso, Rel. Luiz Gallotti, julgado em 10 de junho de 1963.

¹⁹³ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.423. Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82005>

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.423..., p. 57.

Aventada a questão, o ministro Relator reconheceu a possibilidade do Judiciário apreciar e exercer a jurisdição sobre o ato objeto da impetração do *writ*, ao afirmar que o “antigo critério jurisprudencial norte-americano (merely, purely, exclusively political questions) já não é respeitado por muitos”. Segue apontando que “o critério diferencial para se fixar o limite do poder jurisdicional dos Tribunais, não reside na natureza política do ato, mas na possibilidade de ser enquadrado, conclusivamente, na Constituição o direito individual que se diz violado”¹⁹⁵.

Esse precedente aborda a questão política e menciona a doutrina da *political question*, do direito norte-americano, posicionando-se pela superação dessa doutrina. Também informa que os atos altamente discricionários, como são aqueles decorrentes de *questões políticas*, deveriam ser apreciados a despeito da sua natureza, pois a lesão a direito é que justificaria a apreciação. Entretanto, o ministro relator não tece a minúcias a análise das questões políticas, apenas as menciona. Talvez o motivo tenha se dado em decorrência da recusa em aplicar a doutrina da *political question*.

b) Habeas Corpus 49.412 – DF: expulsão

O caso diz respeito a pedido de Habeas Corpus nº 49.412¹⁹⁶, da relatoria do Ministro Thompson Flores que, em suma, reconhece o ato de expulsão como ato privativo do Presidente da República, além do que, afirma ser a expulsão um “ato político” de soberania do Estado, competindo ao Presidente resolver a respeito de sua conveniência e oportunidade. Inocorrendo motivo legal que obste o exercício da discricionariedade, o Poder Judiciário não teria nada a apreciar.

3.2 DECISÕES POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

a) HC 68.402–5 DF: expulsão

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.423..., p. 58.

¹⁹⁶ Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 49.412. Relator Ministro Thompson Flores. Distrito Federal.

Em continuidade à exposição dos precedentes da corte constitucional, passa-se ao Habeas Corpus 68.402-5 – DF. O Habeas Corpus foi impetrado com a finalidade de revogação do ato expulsório, cuja relatoria competiu ao Min. Marco Aurélio, no ano de 1991, sendo relevante apenas apontar que o julgado deixa claro, logo na ementa, que o ato de expulsão do estrangeiro se insere no rol de atos políticos que se reconhece ao Estado e se baseia na nocividade da permanência do estrangeiro no território nacional.

Ademais, dispõe que a revogação poderá ocorrer por motivo de conveniência administrativa.

Ora, tem-se uma demonstração patente de que há uma impropriedade, uma mistura entre a natureza do instituto e o regime jurídico incidente, quando se reconhece ao ato expulsório a natureza de ato político e a revogação do ato se fundamenta na conveniência administrativa. A incoerência demonstra a fragilidade com a qual, já na vigência da CRFB, de 1988, foi abordada a temática do ato político.

b) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança MS 27.840- DF

O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 27.840 – Distrito Federal (doravante, RMS 27.840 – DF), julgado em 7 de fevereiro de 2013, cuja relatoria coube, à época, ao Ministro Ricardo Lewadowski, ilustra sobremaneira a falta de coesão conceitual e cizânia que insiste em perseguir o ato político.

Esse precedente judicial possui considerável relevância, no que pertine à dificuldade (ou resistência) de membros da Corte em reconhecer a natureza jurídica de determinados atos como atos políticos *em sentido* estrito e, dessa maneira, de estabelecer a fronteira que os possa distinguir da categoria de atos administrativos, cujo regramento formal se subsuma às regras atinentes ao Direito Administrativo.

Outro motivo pelo qual deve ser encarado como um julgamento importante consiste na divulgação de fundamentos jurídicos a balizar a tese de que o ato político objeto de análise sofre controle judicial. Separa-se, a partir do voto do Ministro Dias Toffoli, as duas situações: a primeira, interpretação que reconhece a existência do ato político; a segunda,

que delimita e estabelece o seu controle. Preliminarmente é o que se aduz por necessário informar e, logo a seguir, adentra-se, propriamente, ao julgamento do RMS 27.840 – DF.

O caso versado nesse recurso foi apreciado em sessão plenária, no dia 7 de fevereiro de 2013, cuja ementa pode ser exposta da seguinte maneira: Naturalização – Revisão de ato – Competência. *Conforme revela o inciso I do § 4o do artigo 12 da Constituição Federal, o Ministro de Estado da Justiça não tem competência para rever ato de naturalização.*

Sem aprofundar a análise do julgado, releva estabelecer os momentos em que fica evidenciada a problematização da identificação do ato político e as suas implicações. Antes disso, desde já se faz uma sucinta descrição do fato jurídico alvo do recurso que ora se comenta.

Trata-se de recurso interposto contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que, à unanimidade, denegou o pedido de anulação da Portaria 361/2008, do Ministro de Estado de Justiça, que cancelou a situação de naturalizado do recorrente.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, instância de jurisdição comum imediatamente inferior à levada a cabo pelo STF, denegou a segurança sob o fundamento de que “os princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro autorizam a administração a proceder a anulação de seus próprios atos, ‘quando eivados de vícios graves que tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’. (Súmula nº 473, do STF)”.

Esse enunciado de Súmula nº 473 do STF consagra o princípio da autotutela da Administração Pública. Com isso, permite-se afirmar que o fundamento da decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, instância judicial imediatamente inferior à Suprema Corte, resguardou-se na teoria da nulidade do ato administrativo, pela qual teria ela o poder/dever de rever seus atos a qualquer tempo, quanto mais nas hipóteses em que o ato administrativo tenha se fundado em falsas premissas.

Na defesa apresentada pelo recorrente, um brasileiro naturalizado, arguiu em sua defesa que a decisão de cancelar a naturalização violou o preceito constitucional brasileiro

que determina que o cancelamento da naturalização decorra de sentença judicial. Ademais, aduziu que a única hipótese de cancelamento da naturalização possível no ordenamento jurídico brasileiro adviria do preceito constitucional 12, § 4º, I da Constituição Federal¹⁹⁷.

Tendo em conta a impossibilidade de outra forma de cancelamento da naturalização, que não a constitucionalmente prevista, alegou a não recepção pela Constituição brasileira de 1988, de dispositivos contidos no Estatuto do Estrangeiro.

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980¹⁹⁸, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, previu hipótese de cancelamento da naturalização, por meio de decisão administrativa do Ministério da Justiça, na hipótese em que o procedimento tenha sido viciado por prestação de informação inverídica.

No outro polo da relação jurídica estava a União Federal que alegou, em suma, ter havido vícios no preenchimento de requisitos essenciais para a concessão da naturalização, o que provocou a errônea apreciação da situação do indivíduo naturalizado e a motivação do ato administrativo, porque estivera fundada em alegação falsa.

A pecha alegada teria ocorrido na fase de solicitação de naturalização, quando então o recorrente declarou não incidir sobre ele qualquer condenação penal ou denúncia ofertada em seu desfavor, no país de sua nacionalidade originária.

Diante das alegações do recorrente e do recorrido, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski exarou voto em que reconhece a competência do Ministro da Justiça, para rever o ato de concessão da naturalização e, em consequência, cancelar a naturalização.

Em linha de início, afirmou que só foi possível ao Estado brasileiro ter ciência do fato após um pedido de extradição formulado pela República da Áustria, quando o

¹⁹⁷ Art. 12. São brasileiros: (...)

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

¹⁹⁸ Lei 6.815/1980, art. 112, §§ 2º e 3º do art. 112 da, verbis : “§ 2º verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos neste artigo ou nos arts. 113 e 114 desta Lei, será declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida. § 3º A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no Ministério da Justiça, de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação”.

Ministério da Justiça brasileiro, posteriormente, instaurou processo administrativo e constatou a emissão de declaração falsa pelo naturalizado. Em razão disso, o Ministro da Justiça anulou a naturalização de Werner Rydl, nos termos da Lei 6.815/1980, uma vez que o ato administrativo seria inválido, em razão do vício essencial para a caracterização da naturalização.

A *ratio decidendi* apreensível da fundamentação do relator pode ser repartida em três momentos: o primeiro, que reconhece a natureza de ato administrativo ao ato de cancelamento da naturalização; o segundo, afirma que o caso de cancelamento da naturalização pode se dar pela Administração Pública; terceiro, firma posição pela competência do Ministro de Estado da Justiça rever o ato de concessão da naturalização, por delegação expressa do Chefe de Estado.

Em relação ao primeiro ponto, o Relator afirma que a concessão da naturalização se caracteriza como um ato discricionário e unilateral do Estado, em relação aos sujeitos que preencham as exigências previstas no Estatuto do Estrangeiro, nos termos do art. 12, II, “a” da Constituição Federal¹⁹⁹. Entende ainda que a naturalização é uma faculdade atribuída ao Chefe de Estado que, amparado no exercício da soberania, pode conceder ou negar ao requerente o direito político pleiteado.

A discricionariedade é tão ampla que ao Chefe de Estado seria permitido, inclusive, negar o pedido de naturalização, mesmo que preenchidos todos os requisitos legais, esposados no Estatuto do Estrangeiro.

A concretização da naturalização, portanto, teria se dado por via de ato administrativo do Ministério da Justiça, salvaguardado no cumprimento das exigências legais, pelo requerente.

Quanto ao segundo ponto, a Lei nº 6.815, de 1980, prevê a possibilidade de que o Ministério da Justiça processe administrativamente a declaração de nulidade de ato que concede a naturalização fundado em prestação de informação falsa. Consoante o Ministro Relator, o caso seria de aplicação do poder que a Administração Pública tem de rever seus

¹⁹⁹ Cfr. CRFB/88 - Art. 12. São brasileiros: II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

próprios atos. No que se refere ao caso vertente, entende que o ato administrativo deva ser anulado, por conter vício de omissão que, caso fosse visualizado à época do pedido de naturalização, teria resultado na não concessão da naturalização.

O terceiro ponto diz respeito à competência revisional do Ministro da Justiça para cancelar a naturalização. Nos termos do Decreto Federal nº 3.453, de 9 de maio de 2000, fica delegada competência ao Ministro de Estado da Justiça para declarar a perda e a reaquisição da nacionalidade brasileira, na forma dos arts. 12, § 4º, inciso II, da Constituição²⁰⁰.

O artigo 84 da Constituição de 1988 prevê as competências privativas do Presidente da República, dentre as quais a de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (inciso II); manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos (inciso VII); celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (inciso VIII), dentre outras.

Ainda acerca da competência privativa do Presidente da República, o constituinte originário autorizou a delegação de atribuições aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, nos limites das respectivas delegações²⁰¹, para: 1) VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; 2) art. XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; 3) XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

A manifestação do poder constituinte originário levaria a crer que a delegação de atribuições diretamente ligadas ao exercício da soberania, tais como os casos de concessão de naturalização, expulsão, extradição, não seriam passíveis de delegação. Contudo, o

²⁰⁰ Cfr. Art. 1º Fica delegada competência ao Ministro de Estado da Justiça, vedada a subdelegação, para declarar a perda e a reaquisição da nacionalidade brasileira nos casos previstos nos arts. 12, § 4º, inciso II, da Constituição, e 22, incisos I e II, e 36 da Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949.

²⁰¹ Vide. CRFB/88 – Art. 84, parágrafo único.

Supremo Tribunal Federal tem entendido que a delegação não implica em ato de disposição da competência pelo Chefe de Estado²⁰².

Como demonstrado, o Ministro Relator se valeu de pontos de fundamentação da decisão, ao concluir pela possibilidade de anulação do ato concessivo da naturalização, os quais demonstram uma aparente confusão de institutos e, por decorrência, de tratamento jurídico da questão.

Isto se nota pela natureza jurídica conferida ao ato de naturalização: tanto do ato concessivo quanto do ato de cancelamento. Para o Ministro relator, está-se diante de um ato de soberania e de um ato administrativo, ao mesmo tempo. E, essa situação, por si só, é dúvida e se afasta da pretensa distinção que deva existir entre ato político e ato administrativo.

Seguindo-se o rito, após a leitura do voto do Relator, passou-se à coleta dos votos dos demais pares. Antes, no entanto, os Ministros travaram um debate, em que ficou patente o dissenso quanto à natureza do ato que cancela a naturalização: se ato administrativo ou ato político.

Na intenção de demonstrar como a Suprema Corte abordou o tema, no bojo do julgamento do RMS 27.840 – DF, cumpre transcrever a discussão *ipsis litteris*: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o que penso é que tivemos, com a Carta de 1988, alteração profunda quanto ao campo de atuação do Ministro de Estado da Justiça nas extradições. Para se ter ideia, antes, a prisão para efeito de extradição era determinada por Sua Excelência. Então, precisamos dar eficácia maior ao que se contém no artigo 12, § 4º, da Constituição Federal – não sei se o inciso é o primeiro ou segundo –, no que versa que o cancelamento da naturalização – não me impressiona a cláusula final do preceito no que alude a certas situações jurídicas que desaguam nesse cancelamento – sempre e sempre depende de sentença judicial. Surge elemento complicador. Sabemos que

²⁰² Nesse sentido: HC 101.269, rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 3-8-2010, 1ª T, *DJE* de 20-8-2010; HC 101.528, rel. min. **Dias Toffoli**, j. 9-12-2010, P, *DJE* de 22-3-2011; HC 72.851, rel. min. **Celso de Mello**, j. 25-10-1995, P, *DJE* de 28-11-2008. Todos a corroborar a tese da delegabilidade, resumida do seguinte modo: “O fato de o Presidente da República delegar ao ministro de Estado da Justiça, mediante ato administrativo por ele próprio assinado, o exercício da competência legal de expulsão de estrangeiro não implica disposição da própria competência”. Para Jorge Miranda, não há possibilidade de delegação para prática de atos políticos.

a relação jurídica é continuada quanto à naturalização. Há prazo para a Administração Pública rever os próprios atos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É isso o que eu vou dizer: o poder de autotutela, que é o poder de anular os atos administrativos quando eivados de nulidade ou revogá-los por conveniência ou oportunidade, esse poder de autotutela é do ato administrativo. E esse ato me parece que não é administrativo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - É um ato administrativo, Senhor Presidente! A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É um ato administrativo, Presidente! O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu acho que é um ato político naquele sentido de que falava Canotilho. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Tem efeitos políticos. É um ato tipicamente administrativo. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tem efeitos políticos por causa dos direitos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A natureza do ato me parece que não é de Direito Administrativo. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então Vossa Excelência assenta que não seria, no campo do Judiciário, passível de exame? Não chego a tanto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ministro Dias Toffoli. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu trouxe voto por escrito que aborda exatamente a ideia de que a naturalização é um ato político e não um ato administrativo. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Como é?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu trago voto por escrito exatamente nessa linha que Vossa Excelência aduz de que ele é um ato político. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Naquele sentido canotilhano, não é? A Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político nesse sentido. E, uma vez reconhecida a nacionalidade, o nacional não originário, mas nacional, se investe, automaticamente, e, nos direitos todos do artigo 5º da Constituição, por exemplo, naqueles direitos individuais, passa a ter direito inclusive no que tange ao instituto da extradição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro, permita-me uma rapidíssima observação? Eu tenho muito interesse e tenho refletido muito

sobre a distinção entre os atos de governo e atos administrativos, mas me ocorreu, aqui, rapidamente, dizer o seguinte: o ato de desapropriação que é feito pelo Presidente da República, o decreto para fins de reforma agrária é inegavelmente um ato de governo, um ato político, mas a instrução para que se chegue neste ato é feita mediante um processo administrativo. Da mesma forma, o ato de concessão da naturalização é um ato de governo, um ato de soberania, como eu mesmo disse em meu voto. Mas, se houver um vício, quantas desapropriações para fins de reforma agrária nós fizemos aqui. Quantas anulações desses decretos por um vício na forma, na tramitação desse processo. O que houve, aqui, foi exatamente isso. O governo brasileiro, por intermédio do seu Ministro da Justiça, só soube dessa fraude quando o governo da Áustria pediu a extradição do ora recorrente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Agora veja que contradição: o governo brasileiro concede a extradição de um nacional que obteve a naturalização por meios fraudulentos, mas nós, aqui, impedimos que esse mesmo governo decrete, no caso, não decrete o cancelamento. Aqui, a meu ver, o que há é uma anulação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Anulação por vício insanável. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Anulação por vício. Não se trata de cancelar ou revogar. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Exatamente. Vossa Excelência tem toda razão. Não é uma revogação. Cancelamento é uma anulação por um vício insanável.

Esse Recurso em Mandado de Segurança posto à apreciação do STF proporcionou, como se extrai do debate ora reproduzido, a exposição de duas correntes no tocante à natureza do ato que cancelou a naturalização do estrangeiro, quais foram: para uns, trataria-se de ato administrativo, enquanto para outros, teria a natureza de ato político.

Na defesa da primeira linha, compete mencionar os argumentos exarados no voto da atual Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁰³.

Para justificar sua opção, recorreu à análise histórica do instituto naturalização sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro²⁰⁴. Nos termos do voto da Ministra, ela

²⁰³ Voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, no RMS 27.840 – DF. Disponível através do link: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3511829.

menção a predominância de um processo essencialmente administrativo, descrito na Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949, que regula a aquisição, a perda e a readquirição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos.

De acordo com essa norma, para a concessão da naturalização, o estrangeiro deveria requerer ao Presidente da República, por meio de petição com a menção dos lugares onde tivesse residido anteriormente, fosse em solo brasileiro ou estrangeiro, dentre outras informações pessoais²⁰⁵. Essa petição deveria ser dirigida ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, quando apresentada no Distrito Federal²⁰⁶, e apresentada à Prefeitura Municipal da localidade em que residisse o naturalizando, em se tratando de solicitações feitas fora do Distrito Federal, no âmbito dos Estados e Territórios²⁰⁷.

Num caso ou noutro, cabia ao Ministro da Justiça receber os processos de naturalização e sobre eles emitir parecer, submetendo-o, posteriormente, ao Presidente da República²⁰⁸. Ato seguinte, em não havendo oposição por parte do Presidente, seria publicado o decreto de naturalização em favor do requerente, cuja certidão se extrairia, *ex officio*, e se remeteria ao juiz de Direito que exercesse jurisdição no domicílio do interessado.

Isto, para que fosse *solenemente* entregue ao novel nacional, com as advertências acerca dos direitos e deveres a que passaria a se sujeitar. A ingerência do judiciário se daria apenas na fase final, como ato certificatório do procedimento.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei Federal nº 6.815, de 1980, manteve um resquício da participação do Poder Judiciário no procedimento administrativo de naturalização, assemelhado ao disposto na Lei nº 818, de 1949²⁰⁹, ao estabelecer que competirá ao juiz federal do domicílio do interessado, entregar-lhe o certificado de forma solene.

²⁰⁴ Para conferência do tratamento conferido à naturalização, ver: VALLADÃO, Haroldo. *A Naturalização no Direito Brasileiro*. In: Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Ano XVII. N. 71. Rio de Janeiro, 1959.

²⁰⁵ Vide art. 10 da Lei nº 818, de 1949.

²⁰⁶ Vide. Art. 12 *caput* da Lei nº 818, de 1949.

²⁰⁷ Vide. Art. 13 *caput* da Lei nº 818, de 1949.

²⁰⁸ Vide. Art. 14 *caput* da Lei nº 818, de 1949.

²⁰⁹ Cfr. Art. 119 da Lei nº 6.815, de 1980.

Ainda com base no voto da Ministra Cármen Lúcia, o fato de ainda permanecer a atribuição legal ao juiz federal, em fase conclusiva do procedimento de naturalização, essa participação não seria capaz de retirar a sua natureza administrativa. Assim defendeu amparada pelo argumento de que a entrega da certidão representaria mero ato cartorário, desprovido de caráter decisional. A entrega da certidão, ainda que solenemente, decorreria de ato administrativo praticado pelo juiz de direito federal, pois nesse procedimento não lhe competiria decidir. Não há prolação de sentença judicial, senão a confirmação, cumprida a formalidade legal, da aquisição da nacionalidade brasileira pelo naturalizado.

Ainda quanto à defesa do ato de naturalização como um ato administrativo, afirma que não se trata de ato complexo. Logo, define o ato complexo como a declaração de vontade administrativa constituída por outras vontades administrativas, sendo todas elas voltadas ao mesmo fim²¹⁰. Em contraposição, o procedimento não seria um conjunto de manifestações complexa de vontades, mas um complexo de atos.

Feita a singela distinção, cabe citar que a Ministra entendeu serem os atos realizados no Ministério da Justiça, assim como aqueles efetuados no Poder Judiciário, preparatórios ou executivos da decisão levada a cabo pelo Ministro da Justiça, sujeito competente para emitir o ato que avalia o interesse do Estado em investir o requerente na condição de nacional. Ademais, sendo este um ato simples dentro do procedimento administrativo de naturalização, não haveria como afugentar da Administração Pública o poder de revisão dos seus próprios atos. Essas as ponderações da Ministra Cármen Lúcia.

E quais foram, portanto, as razões que levaram o Ministro Dias Toffoli, a se convencer que o cancelamento da naturalização possui natureza jurídica de ato político? *Esse questionamento é necessário pelo seguinte motivo: a depender da fundamentação trazida pelo ministro, talvez se possa sacar elementos objetivos que, uma vez presentes, permitirão concluir que se trata de típico ato político.*

Nesse passo, o Ministro Toffoli alegou, *ab initio*, que as hipóteses de outorga, aquisição e perda da nacionalidade brasileira decorrem do texto constitucional brasileiro, uma vez que a matéria atinente à nacionalidade se sujeita ao poder soberano do Estado brasileiro.

²¹⁰ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*...

Não importa saber se a hipótese se refere à nacionalidade originária, a que possui caráter primário, ou se trata de nacionalidade adquirida por naturalização, tida essa como nacionalidade de índole secundária. Fato é que o tema é exclusivamente tratado pela Constituição brasileira, além do que, caberá ao Presidente da República apreciar a questão, não se admitindo que outro sujeito o faça, a não ser nos casos em que ele mesmo tenha conferido essa competência a outrem, por delegação²¹¹.

Firma o posicionamento, ao apreciar o Mandado de Segurança citado, que as hipóteses constitucionais de perda da nacionalidade estariam taxativamente previstas na Carta de 1988, de tal modo que o tema não poderia ser tratado por outro ato normativo, fosse ele um simples regramento legislativo, ou o fato de tratados ou convenções internacionais disporem sobre a matéria. Logo, não seria possível “inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos justificadores da condição político-jurídica de nacional do Brasil”.

Diante desse primeiro argumento trazido, capta-se que a nacionalidade e suas derivações quanto ao tratamento se circunscrevem àquilo que a Constituição determina. Portanto, atos provocados no tocante à essa temática hão de ser tidos como atos jurídico-públicos constitucionais.

Um segundo ponto, relaciona-se à questão normativo-principiológica e a manutenção da soberania do Estado face a outros diplomas normativos. O Ministro traz como fundamento o princípio da supremacia da Constituição, com o fim de rechaçar as interferências das leis vigentes no ordenamento brasileiro, bem como convenções internacionais celebradas pelo Estado brasileiro.

Para ele, o comando normativo do Estado decorre diretamente da Carta de 1988, em razão da superioridade hierárquica de seus preceitos face a quaisquer outros que discorram sobre o tema nacionalidade. E essa subordinação normativa dos demais diplomas, que não a própria Constituição, apresenta-se como princípio da Teoria da Constituição, devendo ser aplicado sempre que outra norma se dirigir à *Lex Magna*.

²¹¹ Vide RMS 27.840- DF, p. 7. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, no âmbito da Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 83.113, também do Distrito Federal.

Um terceiro ponto abordado no voto concerne à natureza jurídica do direito à nacionalidade. Tem-se que o direito à nacionalidade figura dentre os direitos fundamentais de primeira geração, compreendidos nessa tipologia: os direitos civis e políticos.

A carga de politicidade referente à aquisição da nacionalidade, seja ela primária ou secundária, representa um claro aspecto de vinculação política e pessoal, que implica um estreitamento da relação identitária do indivíduo com o Estado com o qual se vincula.

A partir do instante em que o sujeito passa a ser um nacional, salvaguardado por alguma das previsões constitucionais possíveis, considera-se, formalmente, que o elo que o identifica como um nacional, capacita-o à execução de diversos outros direitos, os quais são corolários do direito à nacionalidade.

Pode-se mencionar, dentre eles: a garantia do exercício do direito subjetivo à cidadania, a qual pode se manifestar pela possibilidade de participação política e pelo exercício das capacidades eleitorais ativa e passiva.

Especialmente quanto à capacidade eleitoral ativa, entendida essa como o reconhecimento legal da qualidade de eleitor, no que diz respeito ao exercício do sufrágio²¹², representa uma garantia ao exercício de um direito político da mais alta envergadura.

Assim se permite afirmar, uma vez que o sistema eleitoral brasileiro reconhece a cada cidadão o direito de escolher, na qualidade de votante, o representante que passará ao comando das opções políticas de Governo, assim como o direito de eleger os seus representantes do povo.

Também se incluem no rol de direitos decorrentes da aquisição da nacionalidade a possibilidade de se filiar à partidos políticos, bem como ocupar cargos públicos.

²¹² O exercício da capacidade eleitoral ativa no Direito Brasileiro está prevista no art. 14 *caput* e § 1º, *in verbis*: Art. 14 – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Portanto, a nacionalidade é daqueles direitos que muito mais se relaciona com a projeção política do Estado, com a própria Constituição, em detrimento de qualquer outro ato normativo estatal.

A naturalização, por seu turno, é uma derivação necessária do direito de nacionalidade, resultante da aquisição secundária da nacionalidade. É o ato que reconhece a condição de nacional ao estrangeiro ou *heimatlos*²¹³, após provocação do interessado e aceitação do Estado. Apesar de configurar modalidade secundária de aquisição da nacionalidade, o seu reconhecimento implica a perda da nacionalidade originária. Essa alegação imprime ao direito de nacionalidade o cariz demasiadamente político.

Ainda, tendo em vista que a perda da nacionalidade rompe o liame patrial com a nação a que o sujeito estaria previamente vinculado (no caso do apátrida não se fala em ruptura patrial), a perda de todos os direitos decorrentes do vínculo precedente demandaria um trato sensível da questão, em virtude dos extremos gravames que poderão advir da medida que determina a perda da nacionalidade, de um lado, e a aquisição dela, por outro lado. Sem contar a repercussão social que passará a incidir sobre o nacional²¹⁴.

O caso decidido pela Suprema Corte se volta à competência revisional e forma do ato que reconheceu o pedido de nacionalidade do cidadão austríaco, na altura, e a possibilidade posterior de seu cancelamento.

Na reflexão levada a cabo pelo magistrado, relata a falta de interseção existente entre o direito constitucional e o direito administrativo, no que pertine ao poder estatal de cancelar a naturalização de alguém, pela via, única, do poder de autotutela da Administração Pública. Ora, como poderia um direito constitucional de primeira geração, direito político por excelência, ser extirpado por decisão administrativa? Como um direito fundamental seria subtraído com base na revisão administrativa do ato concessivo da naturalização? Qual não seria o desrespeito frontal ao texto da Constituição brasileira que

²¹³ Nesse sentido, apátrida é sinônimo da expressão alemã *heimatlos* “[...] que designa os sem pátria, os apátridas”. In: CHIMENTI, , Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005. p. 307.

²¹⁴ Vide RMS 27.840 – DF, Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 16. Consulta em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=27840&classe=RMS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Arquivo disponível através do link: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3433791.

exige sentença judicial para efetuar o cancelamento da naturalização, quando constatada atividade nociva ao interesse nacional?

Os fatores elencados pelo Ministro Dias Toffoli, destarte, são elementos a justificar a qualificação do ato de cancelamento da naturalização, como um ato político, não alcançável pela solução do direito administrativo, pois esse se baseia no dever/poder que tem a Administração Pública, de rever os atos por ela exarados, a qualquer tempo, sempre que sobre eles recaia alguma pecha.

Firma, em linha de conclusão, que não se trataria de mera anulação de um ato da Administração Pública, mas anulação de um ato de soberania, logo, um ato político, de maneira canhestra e indesejada, porque não atenta aos ditames da Constituição, uma vez que ela prevê taxativamente os casos de perda da nacionalidade.

Logo, a mesma decisão constitucionalmente amparada na Carta Magna, pela qual se conferiu a nacionalidade ao estrangeiro demandaria que o cancelamento da naturalização observasse o parâmetro normativo constitucional.

Como mencionado antecipadamente, o caso julgado diz respeito à concessão da naturalização à estrangeiro que prestou informação falsa e requereu, posteriormente, a declaração da nulidade da Portaria Ministerial que determinou o cancelamento de sua naturalização.

Diante do fato, o magistrado apontou a incongruência em se anular ato político pela via do poder revisional consoante a teoria dos atos administrativos, com a ressalva de que essa constatação não significaria a defesa de posturas moralmente condenáveis ou, ao menos, reprimíveis pelo direito brasileiro.

A solução dessa aparente lacuna, consoante informa o ministro do STF é apreensível do texto constitucional, o que se permite concluir que o cancelamento da naturalização resultaria, assim, de sentença judicial. Não de atos ou procedimentos administrativos.

O resultado do julgamento do recurso, pelo Tribunal Pleno, fixou-se da seguinte maneira: os membros presentes e votantes proveram o recurso interposto pelo naturalizado,

para anular a Portaria Ministerial que cancelou a sua naturalização. O ministro Relator Ricardo Lewandowski foi voto vencido.

Julgado no ano de 2013, esse precedente veio demonstrar que a discussão acerca dos atos políticos, na mais alta corte brasileira, é recente. Além disso, suscita variadas fundamentações, seja em seu favor, seja no sentido da sua irrelevância.

c) Mandado de Segurança 33.694 – DF

O caso em apreço está pautado na impetração de Mandado de Segurança, pelo impetrante Jefferson Amauri de Siqueira, contra ato da Presidente da República, em que opôs veto ao artigo 29 da proposição convertida na Lei nº 13.146, de 2015, denominado Estatuto da pessoa com deficiência. Em resumo dos fatos, a Presidente da República vetou o artigo 29, nos termos do Substitutivo nº 4/2015 apresentado pela Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 6/2003, que continha a seguinte redação: “Art. 29. As instituições de educação profissional e tecnológica, as de educação, ciência e tecnologia e as de educação superior, públicas federais e privadas, são obrigadas a reservar, em cada processo seletivo para ingresso nos respectivos cursos de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional, de educação profissional técnica de nível médio, de educação profissional tecnológica e de graduação e pósgraduação, no mínimo, 10% (dez por cento) de suas vagas, por curso e turno, para estudantes com deficiência. (...)”.

Por meio da Mensagem nº 246, de 6 de julho de 2015, foram apresentadas as razões do veto político à proposição : “Apesar do mérito da proposta, ela não trouxe os contornos necessários para sua implementação, sobretudo a consideração de critérios de proporcionalidade relativos às características populacionais específicas de cada unidade da Federação onde será aplicada, aos moldes do previsto pela Lei no 12.711, de 29 de agosto de 2012. Além disso, no âmbito do Programa Universidade para Todos - PROUNI o governo federal concede bolsas integrais e parciais a pessoas com deficiência, de acordo com a respectiva renda familiar”.

O impetrante fundamentou a ‘inconstitucionalidade do veto’ na ocorrência de violação ao art. 5º, § 2º e 3º, e art. 206, inc. I, da CRFB/88²¹⁵. Além disso, arguiu a restrição ao acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais a cursos de pós-graduação e frustração à política de inclusão social das pessoas enquadradas nessa hipótese. Por derradeiro, também retratou que o percentual da proposição, qual fosse, 10% (por cento) das vagas, seria razoável.

Situado o caso, conclui-se que a *quaestio iuris* cingia à análise do veto presidencial como ato violador de direito líquido e certo do impetrante.

Ao decidir o caso, a Ministra Carmen Lúcia, em sede de prolegômenos, disferiu a preocupação sobre o objeto, ao afirmar que se poderia cogitar “de eventuais vícios que contaminassem o veto presidencial a ensejar, em tese, exame judicial da prática, especialmente quanto à perspectiva formal do veto, a ausência da fundamentação exigida na parte final do § 1º do art. 66 da Constituição da República. A questão do controle judicial da decisão política sobre o veto a projetos de lei é séria e, embora ainda controvertida na doutrina, este Supremo Tribunal não a tem admitido.”²¹⁶

Com supedâneo em um precedente da Corte, no ano de 2010, a relatora manteve a posição do Supremo Tribunal Federal, no entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário apreciar o veto oposto pelo Chefe do Poder Executivo, devidamente fundamentado.

Ao adentrar a questão de fundo, a relatora aduz que pleitos jurídicos dessa alçada se veem obstaculizados pela natureza política do ato (ato de governo), não apenas por serem contra o exercício regular de prerrogativa constitucional atribuída ao Chefe do Poder Executivo (art. 84, inc. V, da Constituição da República).

²¹⁵ Cfr. CRFB/88, “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (...) Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)”.

²¹⁶ Cfr. Mandado de Segurança MS 33.369, Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão Monocrática, p. 3.

Com base nessa colocação, conclui-se com a relatora, que a decisão trata o veto político²¹⁷ presidencial como ato de Governo.

Um dos argumentos de que se valeu a magistrada reside na compreensão de que o instrumento de “controle prévio de constitucionalidade, destinado a corrigir vícios no processo legislativo (formais e materiais) e conter potenciais excessos no exercício do poder legiferante (contrariedade ao interesse público), tem sua legitimidade fundada no sistema *checks and balances*, expressão da independência e harmonia entre os Poderes da República”.²¹⁸

Com isso, assumiria a desnecessidade de interferência judicial no controle prévio da proposição que ainda não é norma, em compasso com as atribuições próprias do Poder Legislativo na fiscalização do processo legislativo e na participação do Presidente, com a possibilidade de sanção ou veto.

Sobre o veto, concorda-se com a relatora, ao estatuir que ele não conclui o processo legislativo, tampouco se esgota em si. Não em vão, as razões são encaminhadas por meio de Mensagem ao Congresso Nacional, a quem compete a deliberação sobre a manutenção ou rejeição das razões do veto²¹⁹. O veto é uma manifestação “*puramente suspensiva, pois só atua temporariamente, ficando na dependência da vontade do Legislativo, que (...) pode rejeitá-lo*”.

Logo, o veto figura como um dos atos do processo (procedimento) legislativo que não tem o condão de concluí-lo, a ponto de impor definitividade à uma proposição (v.g. projeto de lei, projeto de lei complementar). A resposta decorre da própria Constituição, uma vez que o ato político de vetar²²⁰ surge como uma faculdade do Presidente, condicionando o seu exercício ao critério temporal.

²¹⁷ A inclusão do termo *político* para qualificar o veto foi posta pelo autor do trabalho, baseado na motivação do veto, além do que, o veto jurídico exclui o caráter político. Assim não fosse, não se justificaria a bipartição.

²¹⁸ Cfr. Mandado de Segurança MS 33.369, Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão Monocrática, p.6.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 224.

²²⁰ Uma reflexão que ora se anuncia, reside no tratamento do veto como ato político, independentemente da sua natureza (se jurídico ou político). A opção do Chefe do Poder Executivo em exercer o poder de veto encerraria em si um ato político?

Dispõe a CF, em seu art. 66, § 1º: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

Se, por outro lado, o Presidente permanecer silente, durante o mesmo período de quinze dias úteis, importará a sanção da proposição.

Então, na ocasião em que o Presidente opta por vetar uma proposição, incumbe-lhe, acessoriamente, encaminhar ao Presidente do Senado Federal a mensagem de veto. O veto teria, com isso, sua eficácia suspensa e dependente de validação pelo Congresso Nacional. Isso se comprova nas hipóteses em que o Congresso Nacional rejeita o veto presidencial. Retomada a análise do caso vertente, importa afirmar que o Poder Legislativo sequer chegou a examinar a legitimidade ou não do veto apostado ao artigo do projeto de lei em comento.

Na espécie em exame, também foi ponderada a possibilidade de se utilizar o mandado de segurança, como meio de exercer o controle prévio de constitucionalidade do ato ainda não tornado normativo. Quanto ao ponto, a relatora informou que o *writ* desponha como via inadequada. Imperioso concordar com a falta de cumprimento de requisito necessário à impetração do *mandamus*, o que caracterizaria um deficit processual em desfavor do impetrante, dado que não haveria outra medida jurídica a lhe conceder devida tutela, senão a própria derrubada do veto pelos representantes do povo (congressistas).

Se, contudo, faltou-lhe a comprovação da liquidez e certeza do direito, porque não há norma antes da apreciação do veto, pode-se dizer que a ameaça de lesão a direito era iminente. E, nesse passo, a Constituição consagra o princípio do acesso à justiça e o princípio da tutela jurisdicional efetiva no bojo dos direitos e deveres fundamentais. Portanto, tanto o mandado de segurança quanto os princípios de prestação jurisdicional aludidos possuem o mesmo *locus* normativo-constitucional.

Apesar da via eleita ter sido inadequada, o Estado há que assegurar o acesso do particular ao Judiciário, inclusive quando em defesa de ameaça ou lesão a direito opostos em face do Estado, como é o caso em que a ameaça de lesão se demonstra com o risco de

exclusão do percentual de garantia de vagas dedicado às pessoas portadoras de necessidades especiais (violação do princípio da igualdade de condições).

Refuta-se, ademais, o argumento da relatora, de conveniência pragmática, ao dizer que o acolhimento da tese do impetrante inviabilizaria “este Supremo Tribunal, pois atrairia para sua jurisdição a insurgência de todos aqueles que vissem suas pretensões frustradas em decorrência do exercício regular do poder de veto atribuído ao Presidente da República.” Essa preocupação de ordem administrativa não pode superar o programa normativo constitucional, ainda mais quando em jogo direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Ora, o problema está em como fornecer a melhor resposta. Não em deixar de fornecer qualquer resposta.

Por fim, salienta-se que o fato do veto ter sido abordado como ato político foi apontado como justificativa material para sua não apreciação judicial. Confirma, desse modo, a ocorrência de zonas, ainda que concretamente, de não judiciabilidade dos atos políticos.

d) Medida Cautelar em Mandado de Segurança MS 34070 MC – DF²²¹

Adiante será abordado o julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 - DF²²², no dia 18 de março de 2016, cuja relatoria pertenceu ao Ministro Gilmar Mendes, impetrado, coletivamente, por partidos que se insurgiram contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil. A decisão proferida suspendeu, em caráter liminar, a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva.

²²¹ Foi apreciado em conjunto a Medida Cautelar no MS 34071, impetrado pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira).

²²² A consulta à decisão monocrática se encontra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34070&classe=MS-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=MMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Os trechos da decisão do relator foram expostos à literalidade, retirados da decisão monocrática.

Os impetrantes arguíram que a Presidente da República nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com *status* de Ministro de Estado. No entanto, o ato estaria inquinado com a pecha do desvio de finalidade, na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações.

O primeiro impetrante, Partido Popular Socialista – PPS, arrolou os argumentos a seguir: a) estava em curso a operação “Lava Jato”, que tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seriam autoras da prática de crimes; b) em 29 de fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sérgio Moro, determinando a condução coercitiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato”; c) em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela ‘operação lava jato’ é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público; d) todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório; e) dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF; f) e, nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Quanto à impetração feita pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, restou alegado, além dos já expostos argumentos, que o ato de nomeação violou o princípio da moralidade da Administração. Aduziu que a Presidente incorreu em crime de responsabilidade por atentar contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário. Esses os fundamentos das impetrações, em suma.

Em suas razões de decidir, o Relator aduziu fundamentos os mais variados, podendo subdividi-los em três blocos: o primeiro disse respeito à análise quanto à possibilidade de partido político impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de direito transindividual, mas que não esteja diretamente ligado às atividades próprias da

agremiação partidária; o segundo diz respeito à qualificação do ato impetrado; por fim, o requisito da prova pré-constituída como requisito de forma para impetração do *mandamus*.

Quanto ao primeiro e terceiro pontos, passa-se a tratar, como relato de caso, a fim de elucidar a compreensão. Quanto à natureza do ato impugnado, procur-se-á relacioná-la aos atos políticos.

No que diz respeito à utilização de mandado de segurança para defesa de direito líquido e certo, quando em voga “interesses outros que não os de seus eventuais filiados”, o Supremo Tribunal Federal havia se pronunciado no sentido da impossibilidade de impetração, inclusive o Relator desse julgado havia acompanhado a tese (“Daquela feita, eu mesmo registrei discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de ‘interesses outros que não os de seus eventuais filiados’”).

Entretanto, o relator alterou sua posição ao argumento de que os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos, pois representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Nesse sentido, a representação desses interesses estaria de acordo com a essência dos partidos, insculpida no art. 1º da Lei nº 9.096/1995, que assim preceitua: “*Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal*”. Desse modo, aduziu o relator que a interpretação precedente era excessivamente restritiva, razão pela qual passou a reconhecer a possibilidade de impetração de mandado de segurança para a defesa de direitos coletivos.

Quanto ao requisito da prova pré-constituída, o relator apreciou as interceptações telefônicas, tendo duas delas ocorrido entre a pessoa da Presidente e o impetrado, em que ficaram claras, conforme o relator, a intenção de garantir ao futuro nomeado a prerrogativa de foro e o embaraço das investigações, além de diminuir os riscos de eventual cerceamento da liberdade do impetrado. Todavia, ressaltou que o impetrado não anuiu ou pleiteou ostentar o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil. Valeu-se de expressões utilizadas pela Presidente, nas interceptações telefônicas, além da comprovação verbal de que o documento (termo de posse) seria entregue ao impetrado, para que ele o assinasse e servisse de retaguarda face à futura expedição de mandado de prisão em seu desfavor. Por

fim, entendeu que a utilização das interceptações telefônicas não era ilegal, em virtude das declarações públicas da Presidente, no sentido da nomeação do impetrado, Lula, as quais seriam espécie de confissão extrajudicial admitidas como prova do fato.

Feitas as considerações, importa-nos mais a qualificação dada pelo ministro relator ao ato de nomeação de Ministro, nos termos do art. 84, I da CRFB/88, em que salvaguarda a competência privativa do Presidente da República para nomear e exonerar os Ministros de Estado.

Conforme excerto do julgado, nas palavras do relator, quando acata a impetração de mandado de segurança, com a ressalva que o *writ* não se volta à proteção preventiva de parlamentar, diante de vício de processo legislativo na tramitação, *in verbis*: “*Aqui pode ser construída solução paralela. É bem verdade que não se está cuidando do processo legislativo, mas de ato administrativo de efeitos concretos do Poder Executivo. Mas, pela inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição (parlamentar) não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito*”. Em outro trecho, acerca do vício que macula o ato administrativo, aduz: “Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando pondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado”.

Percebe-se que o ministro qualifica o ato de nomeação de Ministro de Estado como ato administrativo individual de efeitos concretos, sobre o qual pode incidir um dos vícios que o macula, qual seja, o desvio de finalidade. Contudo, em anterior momento, quando foram expostas espécies de atos qualificados como atos de governo (atos políticos), a partir da classificação de Jorge Miranda, citou-se o ato de nomear os Ministros de Estado, como uma das espécies clarividentes de atos políticos, dotadas de amplo grau de liberdade, enquadrável como ato dotado de liberdade de impulso ou de livre iniciativa.

Até aqui se tem refletido sobre os atos praticados no exercício da função política, os quais recebem a alcunha de atos políticos. Essa é uma premissa que se tem levado em consideração. Mais do que isso, a autonomia da função política permite a sua distinção das demais funções de Estado e, por consequência, dos atos emanados dessas funções. Com essas singelas considerações, há que se indagar: o Supremo Tribunal Federal reconhece o

ato de nomeação como um ato político? Ou, caso o reconheça como ato administrativo, há espaço para atos qualificados como atos políticos no ordenamento jurídico brasileiro?

Decisões monocráticas, como a presente, servem para pulular o intelecto e suscitar lâmpesjos na busca de um caminho mais seguro, quando a matéria política é interpretada sob o regime jurídico do direito administrativo.

Afirma-se, com isso, que não se pretende, ao abrigo de um eventual regime próprio da função política, afastar o ato dos mecanismos de controle, mas refletir sobre a necessidade de avançar na distinção satisfatória entre atos de funções diversas (*in casu*: atos políticos e atos administrativos), o que não ficou claro em mais um precedente do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO V – REFERÊNCIAS PARA CONTROLE e LIMITES JURÍDICOS DOS ATOS POLÍTICOS

1. CONSTITUCIONALISMO

O chamado constitucionalismo representa um fenômeno antigo, tendo perpassado por diversas fases com o decorrer do tempo.

Nos primórdios, quando da emergência do instituto, a Constituição detinha muito menos amplitude do que se vê atualmente. O estudo do constitucionalismo antigo remonta aos tempos do Império Romano e da elaboração da Lei das XII Tábuas, instante em que originaram-se os textos escritos que tutelavam direitos individuais, como a liberdade e a propriedade.

Por conseguinte, houve o enquadramento do constitucionalismo na Idade Média, momento em que, de maneira mais aparente, o fenômeno interligou-se à ideia de restrição ao poder do Estado e, conseqüentemente, à tutela dos direitos dos particulares ante as condutas arbitrárias praticadas por parte dos representantes do Poder Público.

Desde meados do século XVIII até meados do século XX, houve um desenvolvimento intenso das declarações de direitos humanos fundamentais. Elas tiveram seus antecedentes históricos mais relevantes na Inglaterra, a exemplo da *Habeas Corpus Act* de 1679 e do *Bill of Rights*, em 1689.

Pode-se concluir, portanto, que o prisma central do Constitucionalismo representa, exatamente, a defesa dos direitos fundamentais, e que as diversas fases do constitucionalismo são marcadas por algumas características específicas e relevantes para a compreensão das mesmas.

Desta forma, o constitucionalismo antigo pode ser descrito como um período marcado: pela não codificação; por ser um instrumento que objetiva, primeiramente, a limitação do poder do Estado soberano; por uma vinculação às normas fundamentais de

direitos e garantias individuais; pela existência de um Parlamento não subordinado a nenhum instrumento formal; e, ainda, por ser um período em que defendia-se a irresponsabilidade do Estado com relação ao desrespeito às normas constitucionais. A teoria da irresponsabilidade estatal é compreendida como o caminhar lado a lado da igreja com o Estado, o que implica em um Poder público extremamente poderoso e incontestável, não havendo nenhum poder que se opusesse a ele.

Ato seguinte, atrelado ao surgimento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, a independência das 13 Colônias e da Declaração de Independência dos EUA e da França, tem-se a origem formal do constitucionalismo moderno ²²³ a partir da Revolução Francesa (da qual derivou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado moderno) e frente à organização do Estado e limitação do poder exercido pelo ente público e pelos direitos e garantias fundamentais.

Esse é o instante em que a terminologia Constituição passa a ser conceituada como um corpo de regras utilizado para a definição da organização fundamental do Estado. Aquele constitucionalismo determinado pelos costumes fica para trás, dando espaço a um constitucionalismo marcado por ideais de liberdade e de igualdade, concomitantemente com a existência de um Poder Soberano pertencente ao povo, o chamado Poder Constituinte originário.

Nessa perspectiva, a Constituição se apresenta como uma fonte escrita de legitimidade do poder e do Direito, assegurando direitos e garantias aos cidadãos, ao mesmo tempo em que organiza e limita o poder, através da separação de poderes e do estabelecimento de um rol de direitos sólidos e fundamentais. Nesse mesmo período, há o enquadramento do direito constitucional como ramo do direito público, representando uma ferramenta apta a auxiliar o funcionamento desse novo Estado, com poderes regulamentados, regime normativo formal e direitos fundamentais como prioridade.

²²³ Ao dispor a respeito da matéria, Jorge Miranda afirma que “porém, o Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental orders of Connecticut* de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos, a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados” MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 138.

De maneira resumida, esse constitucionalismo moderno foi marcado por um conjunto de regras codificado e sistematizado; pela supremacia da vontade popular através do Poder Constituinte originário, ora criado, bem como a supremacia formal das normas constitucionais; pelo surgimento de uma organização de Estado marcada por poderes destinados a tutelar os interesses dos cidadãos, com o Poder Constituinte; pelo aparecimento da teoria da responsabilidade do soberano ou exercentes de funções públicas; além da alteração constitucional depender, agora, de procedimentos legislativos especiais, marco do surgimento das constituições rígidas.

Por fim, fala-se, ainda, do Estado Constitucional de Direito e do Estado Democrático. O Estado constitucional representa a junção de ambos em um único modelo, sendo mais do que o Estado de Direito, trazendo à baila no constitucionalismo a garantia de legitimação e limitação do poder. Pode-se afirmar, desde logo, que o Estado de Direito é marcado pela supremacia da legalidade (juridicidade), ao passo que o Estado Democrático de Direito tem como premissa maior o afastamento do autoritarismo, forte tendência do homem, e da concentração de poder, ou seja, foca o prisma no ideal democrático e nas garantias fundamentais dos cidadãos.

O constitucionalismo, segundo o Professor José Luiz Borges Horta, é um fenômeno típico do Estado de Direito, pois se traduz num esforço para racionalizar juridicamente o exercício do poder político. A história do constitucionalismo, nessa toada, é uma constante busca pelas limitações e contenções do poder. O constitucionalismo, assim, inaugura uma nova concepção de estruturação e função do Direito e uma nova fase na história do Estado.²²⁴.

Ronald Dworkin conceitua o instituto, dispondo que "por 'constitucionalismo' se deve compreender um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer. O constitucionalismo, assim entendido, é um fenômeno político cada vez mais popular. Vem se tornando cada vez mais comum supor que um sistema jurídico respeitável deve incluir a proteção constitucional de

²²⁴ SALGADO, Karine. *História do Estado de Direito*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Vol. 71. N. 2. Ano XXVII. Abril/ maio/ junho de 2009. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/449.pdf>

direitos individuais. Esta é a suposição não só da Convenção Européia de Direitos Humanos, mas de quase todos os Estados membros deste tratado em seu direito interno" ²²⁵

O movimento de enaltecimento da Constituição, com a valorização de todo o arcabouço normativo que dela se extraia, serve, destarte, como mola propulsora à prossecução das conquistas históricas do povo de um país, cada vez mais voltadas à efetivação de direitos, liberdades e garantias. Além disso, incorpora por meio da Constituição inovações de direitos atrelados às novas relações sociais que passam a merecer amparo constitucional ou passam a ser validadas por ela, uma vez que as constituições crescem, cuja matriz axiológica se funda na diretriz, princípio e garantia da dignidade da pessoa humana.

2. ESTADO DE DIREITO

Apesar das várias menções e remissões ao Estado de Direito feitas no presente trabalho, especifica-o, por ora, no intuito de encadear o ideal de tratamento a alcançar os atos políticos. Nesse diapasão, faz-se imprescindível a conceituação e um breve desenrolar cronológico desse tema jurídico de altíssima relevância.

O direito *lato sensu* compõe-se das alterações graduais apresentadas na realidade encontrada em determinado espaço, sendo marcado pela alteração de valores preponderantes que são objetivados num dado momento histórico. Desta forma, o direito se mostra adaptável, ou seja, cada nova abordagem jurídica nasce de uma situação histórica para atender às necessidades humanas daquele momento.

Essa concepção histórica do direito implica em uma viabilidade de se dizer o mesmo, de modo categórico, como produto do ser humano, como fruto da cultura em que se encontra inserido e, como resultado da conciliação entre o direito e a razão. Então, pode-

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e Democracia*. Trad. Emilio P. N. Meyer. *European Journal of Philosophy*, 3:1, 1995, p. 2.

se afirmar que quanto mais racional e garantista se apresentar o direito, mais apto estará a realizar a liberdade e a justiça, dentre outros metavalores, outros metaprincípios.

Dito isto, cumpre conceituar esse formato de Estado, de maneira sucinta, como uma forma de organização política do poder público, segundo a qual suas atuações caracterizam-se como determinadas e limitadas pelo direito. Desta forma, pode-se dizer que é um sistema institucional diretamente atrelado à ideia de hierarquia das normas e dos direitos fundamentais. No contexto dessa situação jurídica, cada ser humano, em sua singularidade, é submetido ao respeito ao direito, do simples indivíduo até a potência pública.

Essa forma de governo representa uma oposição aos antigos sistemas opressores e poderosos, que atropelavam os direitos individuais e coletivos sob o argumento de que o Estado teria autoridade e liberdade para tal ²²⁶. Deste modo, o Estado de direito é oposição ao Estado baseado no uso arbitrário do poder ²²⁷, às monarquias absolutistas, cuja inexistência de limitações ao Estado detentor do poder divino resumia-se no lema "*O Estado, sou eu*" (referência à atuação ilimitada do rei) e aos regimes ditatoriais, cuja marca registrada é a conduta estatal em flagrante violação aos direitos fundamentais em frequência e graus desmedidos.

Gomes Canotilho opta por delinear esse conceito através das perspectivas de um "não conceito", dispondo que tratar com cautela e seriedade o Estado de Direito implica um recorte razoável às avessas, segundo o "Estado de não-direito". Desta forma, segundo o autor, o Estado de não direito será "aquele em que o poder político se proclama

²²⁶ Faz-se interessante colacionar trecho da obra de Gomes Canotilho nesse sentido. "Na década de 70, e principalmente na década de 80, o Estado de direito é uma palavra de luta contra a chamada deriva totalitária socialista. O princípio da unidade do poder do Estado e a existência de uma estrutura de Estado monolítica assente num esquema de confusão de Estado, direito, classe e partido encobriam-se numa «legalidade socialista» ou num «Estado de direito socialista». Os Estados comunistas eram Estados de não direito. A desesperada tentativa da *perestroika* para alicerçar a «formação de um Estado de direito socialista» demonstra que faltava o essencial de um Estado de direito: a separação de poderes, a garantia de direitos e liberdades, o pluralismo político e social, o direito de recurso contra abusos dos funcionários, a subordinação da administração à lei constitucional, a fiscalização da constitucionalidade das leis. O sistema não aguentou, enredado na sua própria lógica. O Estado de direito é a antítese do totalitarismo estalinista ou do autoritarismo monopolista da nomenclatura. A filosofia política do «partido único» transformado em vanguarda da «consciência colectiva» e dos fins e metas socialmente desejáveis eliminou da cena política categorias básicas de um Estado de direito, como a publicidade crítica, a discussão e dissensos parlamentares e políticos, a autonomia da sociedade civil". CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. p. 06.

²²⁷ O chamado "*Obrigkeitsstaat*" alemão.

desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito”²²⁸.

O núcleo caracterizador do contrário de Estado de direito é composto por três ideias: a de que representa um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; de que o direito se identifica com a «razão do Estado» imposta e iluminada por «chefes»; e de que é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito ²²⁹.

Da análise histórica do instituto, afirma-se que o primeiro momento de negação do Estado de direito encontra-se nos regimes nazifascistas, cuja fuga da legitimação democrática restou evidente. Nesse Estado marcado por preconceito, segregação e um fascismo sem máscaras, os cidadãos depararam-se com uma institucionalização totalitária e altamente ofensora dos direitos basilares conformados no prisma maior da dignidade da pessoa humana, que são preteridos em benefício da efetivação dos interesses estatais.

É preciso resgatar e reafirmar, a prevalência do Estado de Direito, na sua acepção garantista, ante as intercorrências do tempo, evitando-se a deterioração do direito como a história já se encarregou de demonstrar. Com isso, insta frisar que o “Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns

²²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de ...*, pág. 04.

²²⁹ Explicitemos melhor estas três ideias. «Estado de não direito» é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias (...). Estado de não direito — eis a segunda ideia básica — é aquele que identifica o direito com a «razão do Estado», com o «bem do povo», com a «utilidade política», autoritária ou totalitariamente impostos. O «direito» é tudo — mas não mais do que isso — o que os «chefes», o «partido», a «falange», decretarem como politicamente correcto. Facilmente se intuem as consequências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética «utilidade social» ou com uma abstracta razão de Estado (...). A terceira ideia é a e que nos «Estados de não direito» há dois pesos e duas medidas na aplicação das normas jurídicas (leis) consoante as pessoas em causa. CANOTILHO, J. J. GOMES. *Estado de...*, pág. 04.

casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo”²³⁰.

De maneira conclusiva e esclarecedora, pode-se "afirmar que o Estado de direito ou é Estado de direito democrático e social ou será um Estado de legalidade reduzido a um esqueleto constituído por princípios e regras formais.(...) [Daí concluir que] os chamados princípios formais do Estado de direito não são apenas «normas formalísticas» dos cultores do direito. Servem para tornar seguro o caminho de outros ideais. Valem por si. Valem em nome do Estado de direito”²³¹.

Perfilha-se, destarte, que no princípio do Estado de Direito em sentido estrito sobressai, como dissemos, a dimensão garantista ou defensiva que se traduz na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e na segurança jurídica que lhe vem associada. (...) para além da protecção da liberdade individual, projeta exigências diferenciadas sobre a actuação do Estado que, de alguma forma, possa afectar os particulares. Essas exigências traduzem-se em princípios jurídicos que, enquanto concretizações da ideia e do princípio de Estado de Direito, funcionam como limites da actuação estatal e constituem, o que nos importa sobremaneira, parâmetros de avaliação da constitucionalidade dos actos dos poderes públicos.²³²

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Feita a abordagem acerca do Estado de Direito, convém atribuir ao termo o adjetivo que engloba a ideia de governo do povo, qual seja: a democracia. Esse é o atual regime de governo que vigora no plano constitucional brasileiro. A Carta Magna prevê expressamente a tutela ao Estado Democrático de Direito e, sob essa ótica, exprime um conteúdo normativo voltado à exigência de uma integral participação de todos e de cada

²³⁰ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 14

²³¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de...*, p. 26.

²³² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.50.

um dos indivíduos na vida política do país, com o intuito de assegurar o respeito à soberania popular.

São inúmeras as conceituações acerca do Estado Democrático de Direito, todas a reconhecer uma função protetiva, pelo que se pode afirmar que “O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito”²³³.

Pontifica Alexandre de Moraes que o “Estado democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado, por exemplo, no *caput* do art. 1º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’, para mais adiante, em seu art. 14 proclamar que ‘a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular’”²³⁴.

O Estado de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo contemporâneo.

A finalidade galgada é que esse regime de governo atinja o quanto antes o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade dos seres humanos, podendo, por conseguinte, proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento. Não só. A partir da concretização do princípio democrático e da mútua interação entre os centros legitimados de poder, sempre em alvo a prossecução da plenitude de realização dos direitos, o Estado

²³³ SANTOS, Adairson Alves dos. *O Estado democrático de Direito*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143

²³⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil comentada...* p. 15

Democrático de Direito²³⁵ se apresenta como o mais evoluído dos modelos de Estado de direito que a história conhece(u). Ao direito, portanto, cabe impingir forças à sua efetivação, sendo um dos seus instrumentos mais caros: a prestação jurisdicional. Através dela os Tribunais Constitucionais exercem a tarefa diuturna de custodiar a Constituição e mantém, em razão dessa atividade, o primado do Direito, da juridicidade. Demais disso, não se deve perder de vista que a atividade jurisdicional não se completa apenas pela jurisdição constitucional.

Entretanto, por mais que se tenha a prestação da tutela jurisdicional à disposição dos acobertados pela ordem jurídica constitucional, importa esclarecer, quanto à substância, parâmetros que conduzirão à validade dos atos políticos.

4. PARÂMETROS DE VALIDADE DOS ATOS POLÍTICOS

Na defesa da sindicabilidade, importa afirmar que a juridicidade do ato político resvala necessariamente em imperativos de constitucionalidade, de tal modo que seus pressupostos, elementos e requisitos sejam buscados na Constituição.

Por seu turno, será a partir do preenchimento satisfatório desses pontos, tais como o atendimento aos requisitos de forma, bem como os requisitos materiais e orgânicos, estabelecidos pela Constituição, que se poderá concluir pela validade, regularidade ou existência dos atos políticos²⁶⁹ e, de modo concludente, por sua acomodação harmônica ao Direito.

²³⁵ O arquétipo de Estado Democrático de direito delineado nas Cartas Constitucionais deve primar pela confluência e robustez de suas normas, a permitir a intercomunicabilidade entre os fatos da vida, de tal maneira que a sua força fundante não se estanque em um único momento. Inobservar esse preceito seria criar um jurista asséptico, “convicto de que o direito constitucional recebeu todo o político e que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. O jurista constitucional, assim, ignora a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional. As valorações extrajurídicas (econômicas, sociais, políticas, etc) não são entendidas como problema do direito constitucional (e da Teoria da Constituição), mas das demais ciências sociais.” Cfr. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlântida Editorial, 1969, pp. 22-25.

²⁶⁹ CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p.107. Acerca dos requisitos do ato jurídico-constitucional, Marco Caldeira, relata que: a) devem ser provenientes de órgãos com competência para o efeito; b) ser praticado pelo sujeito autor, sem a incorrência de algum vício de vontade; c) direcionar-se ao fim que a Constituição

Com efeito, se a Constituição é a referência originária para nortear toda a dinâmica dos atos políticos como atos jurídicos, há que se ter em conta, como um dos principais fundamentos, o princípio da supremacia da Constituição, como uma norma de fundo, de base. Essa vinculação perene incide não somente sobre os atos políticos, compreendidos dentre os atos praticados no exercício da função política, mas também a todos os atos jurídicos.

Como afirmado alhures, a “Constituição do Estado de Direito contemporâneo vincula juridicamente todo o poder estadual, que ela própria funda originariamente, fica excluída a possibilidade de a função política ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece de habilitação constitucional”²⁷⁰.

Desse modo, parece-nos acertado afirmar que a política se encontra “submetida a um complexo de sistemas de imposições e limitações constitucionais. Da sua conformidade ou desconformidade com a parametricidade da norma constitucional depende em larga medida a questão da sua constitucionalidade”²⁷¹.

Assim, indifere saber qual a natureza do ato, quando ele faça parte da ordem jurídica estabelecida. O fato de ser, portanto, um ato político não o absolve de inconstitucionalidade, muito menos o imuniza do controle (sindicabilidade) empreendido pelas Cortes Constitucionais.

Diga-se mais, não o imuniza de outras formas de controle, como é a hipótese do controle político. Em um e outro caso, haverá de existir uma diferenciação, quanto aos sujeitos competentes para o exercício desse controle e a forma pela qual se processualizará.

Em se tratando de atos políticos, que em sua larga maioria se refugiam no bojo da própria Constituição, uma vez que se ligam às decisões primárias do Estado, insta buscar também na Lei Fundamental dos Estados, a descrição típica das competências atribuídas

previu; d) atender à forma prevista pela Constituição; e) apresentar-se como um *resultado final de um procedimento onde se registou a observância de todas as formalidades estipuladas*.

²⁷⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes...*, p. 253.

²⁷¹ QUEIROZ, Cristina. *Actos políticos no Estado de Direito...*, p. 147.

aos órgãos de soberania²⁷² para, a partir de então, compreender a medida, o grau de atuação de cada um, no que diz respeito ao controle e à limitação dos atos políticos.

Sumamente, a supremacia da Constituição e a conformidade constitucional da ação do Estado fundamentam a sujeição dos atos políticos às diversas formas de controle²⁷³.

Como acentuado acima, os atos políticos nada mais são que atos jurídico-constitucionais e, portanto, não de respeitar os requisitos que informam essa tipologia de ato, ao que cabe ressaltar, dentre eles, a vinculação às normas sobre direitos, liberdades e garantias. Desse modo, essas normas constituem limites e parâmetros de validade dos atos políticos, sob o aspecto de conteúdo, da substância do ato²⁷⁴.

Quais seriam, então, esses direitos, liberdades e garantias que serviriam de parâmetro de validade dos atos políticos?

Marco Caldeira enumera, sem pretensão de esgotar a cláusula aberta do bloco de constitucionalidade, os seguintes: “direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política; os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; também o princípio da igualdade, princípio da restritividade das restrições, da excepcionalidade da suspensão do respectivo exercício, da tutela jurisdicional efetiva (incluindo o acesso aos Tribunais), do direito de resistência e da responsabilidade civil das entidades públicas”²⁷⁵.

²⁷² Os sujeitos produtores dos atos políticos incluem também, na Constituição Brasileira de 1988, a Mesa do Congresso Nacional, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, bem como Conselho de Defesa Nacional e o Conselho da República.

²⁷³ LOPES, Moacyr. *A sindicância constitucional dos actos políticos: admissibilidade constitucional e sua concretização no sistema de fiscalização da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 185.

²⁷⁴ Essa afirmação contraria, em certo ponto, o alegado por Blanco de Moraes, que defende o critério formal como o critério de distinção dos atos praticados na função política, nos termos a seguir: Em se tratando de função política *lato sensu*, dela resultam as leis, as normas políticas e os actos políticos, sendo o critério de diferenciação basicamente o requisito formal. MORAIS, Blanco de. *Manual de Direito Constitucional...*, p.27. Ao considerar a diferenciação formal entre ato político e ato administrativo, enuncia João Caupers: “A redução ao mínimo poderia se dar pela desconfiguração da natureza do ato por via interpretativa, o qual passaria a ser tratado como ato administrativo. É o caso concreto do ato de promoção de diplomata ao cargo de embaixador. Enquanto atos de nomeação e exoneração de embaixadores estariam no rol de atos políticos (logo, excluídos da jurisdição administrativa), o ato de promoção, diversamente, seria ato administrativo.”. CAUPERS, João. *Atos políticos: contributo para sua delimitação*. In: Cadernos de justiça Administrativa. N. 98. Março-abril 2013, p.13.

²⁷⁵ CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p. 114, 115.

A Constituição brasileira de 1988 consagra expressamente direitos da mesma envergadura em seu Título II, “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, em que se incluem os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (art.6º) e os direitos políticos (art. 14). Além de outros direitos esparsamente espalhados pela Lei Maior, com fundamento no disposto no art. 5º, § 2º, *in verbis*: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

Ainda consoante Marco Caldeira, acerca da aproximação entre esses parâmetros de validade e os atos políticos, pontua que “a perplexidade que estas questões podem suscitar num primeiro confronto prende-se com um fato para o qual se chama a atenção: na prática, a maioria esmagadora das violações de direitos, liberdades e garantias serão levados a cabo pelo legislador ou pela Administração (ou mesmo pelos Tribunais)”.²⁷⁶

Conquanto seja difícil verificar, previamente, violações diretas de direitos, liberdades e garantias, em decorrência da prática de atos políticos, a observância desses parâmetros surge antes como uma obrigação constitucional, reveladora de um dever de conduta omissiva, de um não fazer. Logo, um dever genérico de abstenção²⁷⁷.

Dessa maneira, a vinculação às normas de direitos, liberdades e garantias há de ser observada na vertente negativa (dever de não violação), como também na vertente positiva, nos casos em que a preservação desses direitos, liberdades e garantias demande um agir do Estado.

Ao volver à ideia conceptual de ato político, na França, quando o Conselho de Estado instituiu uma espécie de ato praticado pelos Estados, desprovida de controle judicial, não era possível prever as garantias resultantes do paradigma do Estado Democrático de direito, naquela época.

²⁷⁶ CALDEIRA, Marco. Actos políticos..., p. 116.

²⁷⁷ Cfr. OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 591 e ss. Competirá às entidades públicas, no exercício de qualquer das funções do Estado: nunca agir em sentido intencionalmente atentatório das normas de direitos fundamentais, encontrando-se proibida, sob pena de nulidade, a prática de quaisquer actos violadores de normas jusfundamentais; proceder à implementação ou maximização legislativa e administrativa ou simplesmente interpretativa e aplicativa da eficácia das normas sobre direitos fundamentais; não produzir qualquer efeito restritivo infundado do âmbito constitucional de proteção da norma ou de retrocesso arbitrário sobre o nível já alcançado de implementação legislativa ou administrativa da norma jusfundamental; por fim, nos casos em que a norma tenha aplicabilidade directa, aplicar tais normas na ausência de lei e mesmo contra lei expressa desconforme com essas normas constitucionais.

Visto que o Direito há ser encarado dentro de um contexto, imperioso constatar que a gênese do ato político e sua justificação inaugural não se sustenta para o tempo presente. Nesse passo, é provável que esteja certa a ideia de que a interpretação aplicada aos actos políticos deve ser restritiva, de tal modo que seja reduzida ao mínimo, sob pena de fraudar o Estado de Direito, e que seus limites não excedam à função política.²⁷⁸ Reputa-se ao hermeneuta jurídico, dessa maneira, a adoção da interpretação que concretize, acima de tudo, as garantias do Estado Democrático de direito.

Demonstração disso está presente, *verbi gratia*, no dever das entidades públicas conferir aplicabilidade direta às normas referentes a direitos fundamentais, vinculando a sua atuação, bem na sujeição da Administração Pública a controlo político parlamentar e ao controlo jurídico dos tribunais, registando-se que decisões destes são obrigatórias e prevalecem sobre as de quaisquer autoridades²⁷⁹. Sendo assim, passa-se a abordar a judiciabilidade dos atos políticos, sucessivamente.

5 – JUDICIABILIDADE DOS ATOS POLÍTICOS

A reflexão histórico-conceitual feita acima objetiva credenciar o Estado Democrático de Direito, assim como a Constituição, como substratos de fundo que implicam a vinculação de toda a atividade que surja no ambiente da comunidade sob a qual esses mandamentos, obrigatoriamente, devem ser levados como pressupostos de qualquer apreciação jurídica.

Tendo como questão essencial do trabalho a problemática dos atos políticos como categoria de atos emanados no exercício da função política e, tendo nessa função uma multipossibilidade de manifestações do político, deve o operador do direito apurar a

²⁷⁸ AMARAL, Diogo de Freitas. *Direito Administrativo*. Vol. IV. 1988, p. 164. Contudo, essa não é a posição sustentada por Garcia de Enterría e Tomas Ramon Fernandez, pelo menos em sede de direito espanhol, para quem os atos governamentais tendem a uma clara expansão. Cfr. ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. In: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998, p.123. Justifica essa posição com base na construção de teoria de controle e responsabilização de atos políticos pela judiciabilidade constitucional.

²⁷⁹ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.283.

juridicidade a partir da Constituição. Com acerto, essa vinculação direta também se dirige ao ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, o Estado de Direito que consagra, por meio da Constituição, a opção pelo Estado Democrático de Direito surge como o substancial fundamento de controle e limitação jurídica a ser compulsoriamente levada em consideração, uma vez que o direito há de extirpar quaisquer situações em que se coloque em xeque o primado da Constituição, como norma *mater* e incorporadora do paradigma de Estado de Direito a que se aludiu.

Além disso, ancora-se na supremacia da constituição e no dever permanente de assegurar a maximização dos direitos, liberdades e garantias, como fundamento e parâmetros de validade dos atos políticos, respectivamente.

Afirmado isso, cumpre avançar na perseguição de complementares mecanismos referenciais de controle e limites jurídicos a serem aplicados aos denominados atos políticos.

Nesse diapasão, afirma-se que doutrinariamente pouco se avançou no aprofundamento conceitual da função política *strictu sensu*. Menos ainda legal e constitucionalmente. Sendo inexato o entendimento jurídico da função política, pode-se depreender que os atos políticos, atos típicos desta atividade, também recebem conceituações diversas, por vezes precarizadas e não fidedignas ao conceito de função política que os baseia. Como se tem preconizado neste trabalho, a complexidade conceitual também implica uma cizânia quanto à sua jurisdicionalidade ou sua não judiciabilidade.

A nosso ver, embora haja coerência no fundamento da insindicabilidade dos atos políticos, na sua não apreciação jurisdicional, inclusive com exemplo da legislação portuguesa²⁸⁰, parece-nos mais adequado defender, no caso do Brasil, uma interpretação da Constituição de forma que a judiciabilidade dos atos políticos possa ser realizada.

²⁸⁰ CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...*, p. 132-133. Conforme Marco Caldeira, “a verdade é que ainda hoje, várias décadas após a aprovação da Constituição de 1976, é possível constatar-se que os tribunais, por via de regra, não controlam a validade de actos políticos. E, se esta constitui a opinião maioritária (senão mesmo unânime) da doutrina [portuguesa], não pode dizer-se que a jurisprudência tenha perfilhado uma posição diferente. Assim, numa regra formada através de um verdadeiro ‘precedente jurisprudencial de natureza adjetiva ou processual’, o Tribunal Constitucional tem reiteradamente declarado que os actos políticos ou “actos de governo” em sentido estrito não estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade. Do

Eis, desta feita, uma das grandes questões referente aos atos políticos em sentido estrito²⁸¹, qual seja: o dilema do seu controle jurisdicional, independentemente da fonte²⁸² que o tenha emanado.

Para podermos dissecar a viabilidade de um controle exercido pelo Poder Judiciário será preciso, antes de reconhecê-lo, revolver o que dantes afirmado acerca da função jurisdicional, com brevidade. Viu-se que a função jurisdicional diz respeito à uma atividade vinculada e condicionada ao princípio da jurisdição, cuja densificação, no Brasil, traduz-se por meio do princípio da inafastabilidade de jurisdição²⁸³. Esse, por sua vez, expressa uma das garantias de vanguarda do modelo democrático de Estado e aponta como corolário da garantia do acesso à Justiça. Além disso, espraia sua densidade material, a qual se traduz por meio do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

mesmo modo, também o Supremo Tribunal Administrativo tem considerado que os actos políticos são jurisdicionalmente insindicáveis, encontrando-se excluídos do contencioso administrativo por força do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Por outro lado, e sob um prisma de tutela graciosa, os actos da função política também não se encontram sujeitos ao controlo da Provedor de Justiça”.

²⁸¹ Ou, consoante Jorge Miranda, no artigo *Revisitando os atos de governo*, aqui já referenciado: atos políticos *estrítissimamente* senso.

²⁸² Em favor do controle jurídico dos atos políticos parlamentares, “(...), el Estado constitucional de nuestros días exige dar un paso más adelante en el sentido de que la regla general ha de ser el control judicial de todos los actos parlamentarios, siendo la excepción la existencia de los *acta interna corporis*. Es decir, siempre que el ordenamiento jurídico lo permita, (...), *hay que defender el control judicial de los actos parlamentarios, lo cual no quiere decir que, de modo excepcional, pueda admitirse la existencia de actos parlamentarios exentos de tal control*. No debe interpretarse como un intento de judicialización de la vida parlamentaria, que también encierra indudables peligros, sinó, únicamente el intento de someter al Derecho todos los actos de los poderes públicos, tal y como se desprende directamente de lo establecido en el artículo 9.1 de nuestra norma Fundamental.” CONDE, Enrique Alvarez; ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. *Autonomía Parlamentaria y jurisprudencia constitucional*. In Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornada de La Asociación Española de Letrados de Parlamentos, p. 46.

²⁸³ No Brasil, vivencia-se uma aproximação doutrinária entre direito constitucional e direito processual, consubstanciada na denominada *constitucionalização do processo*, de tal modo que a estrutura do procedimento cada vez mais busca sua *ratio* nos preceitos e comandos constitucionais, dentre os quais sobreleva o constitucionalizado princípio do devido processo legal e o da inafastabilidade de jurisdição. No entanto, em que pese ser essa a tônica, cabe mencionar que modelos de solução alternativas de conflitos, como é o caso da arbitragem, também figuram como possibilidades de concreção das normas processuais, consoante dispuser a lei. Tanto assim que o atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, positivou em seu art. 3º, caput e § 1º, in verbis: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. (...). Daí que “após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.” Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p.80.

6 – DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Dada a relação íntima entre o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o princípio da inafastabilidade de jurisdição, inicia-se o tópico com a afirmação de que esse consagra um direito e garantia fundamental que traduz o direito público subjetivo de obtenção da efetiva tutela jurisdicional, na defesa de direitos de qualquer natureza.

A Constituição brasileira de 1988 preceitua em seu art. 5º, XXXV, *in verbis*: “Art.5º - (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.

Inserida no Título II, *Dos direitos e Garantias Fundamentais*, o princípio da inafastabilidade de jurisdição franqueia ao jurisdicionado que ele bata à porta do Poder Judiciário, em busca da resolução de ponto controvertido deduzido em juízo.

A CRFB/88, nessa linha, quando fala de “exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de *alegação* de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é o direito abstrato”²⁸⁴.

Está-se diante, portanto, de medida assecuratória da garantia do acesso à Justiça, revelada pela materialização da viabilidade de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão direito. Por outro lado, é certo reconhecer que o acesso ao Judiciário, *per se*, jamais se associará à relação causal de efeito: aquele que demanda em juízo tem assegurado provimento satisfatório daquilo que fora deduzido. Ora, não foi esse o intento do constituinte.

Contudo, não o deixou ao relento nem lhe conferiu a autoridade de um dispositivo meramente formal. O princípio apregoado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, “antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfações às pessoas (...) o princípio da inafastabilidade do controle

²⁸⁴ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 215.

jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo”.²⁸⁵

A norma constitucional não assegura tão somente o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também garante que a tutela prestada seja efetiva e célere para afastar as violações ou ameaças ao exercício dos direitos consagrados na ordem jurídica. Preconiza ainda, sejam vedadas quaisquer limitações ou embaraços, materiais ou procedimentais, que configurem, na prática, denegação de tutela jurídica pelo Estado.

Nesta monta, a essência do princípio reside em que o jurisdicionado tem o direito de obter uma tutela jurisdicional capaz de pôr em marcha a proteção jurídica do direito invocado, da forma mais adequada e hábil. O controle jurisdicional adequado importa, sobretudo, a efetividade na solução das demandas, quando levadas ao Poder Judiciário.

Do mesmo modo que o princípio da inafastabilidade de jurisdição, também princípio da tutela jurisdicional efetiva “repousa na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, rendeu ensejo à apresentação do princípio do acesso à justiça. Este princípio, por vezes, é enunciado como “efetividade da jurisdição”. (...) O princípio da efetividade do processo, volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo”²⁸⁶

A Constituição portuguesa, por exemplo, também consagra o princípio da tutela jurisdicional efetiva, em seu artigo 20²⁸⁷, visto em cumulação com o art. 268, nº 4, *in verbis*: “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses

²⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 203-204.

²⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 146.

²⁸⁷ CRP/76 - Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva - 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. (...) 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.”.

Visto que o princípio da tutela jurisdicional efetiva tem sido ventilado como um dever-ser do Estado, com todas as implicações positivas aos jurisdicionados e à jurisdição em si, ressalta-se que o Poder Judiciário opera seu *munus* se e quando for provocado.

Partindo-se, contudo, do pressuposto de que o jurisdicionado tenha acedido à jurisdição, insta ponderar que, a jurisdição também encontra limites. Ressalva-se, não se olvidar que alhures se tenha defendido a impossibilidade de limitações ou restrições ao acesso à Justiça. Os limites decorrem da forma pela qual se executa, se procedibiliza a jurisdição e não o acesso em si.

Nesse passo, importa dizer que tais limites incidem sobre a apreciação dos atos políticos, de tal sorte que à jurisdição (especialmente a constitucional) competirá dizer o direito sem que, ao fazê-lo, acarrete um avanço sobre outro centro de poder²⁸⁸.

Esse argumento tem sido utilizado para ‘limitar’, no que pertine ao conteúdo do ato, a atuação da jurisdição constitucional, pois as decisões políticas que integram os atos políticos não poderiam ser apreciadas quanto à razoabilidade ou à oportunidade.

Ademais, como a competência de atuação da jurisdição emana da própria Constituição, não caberia à jurisdição constitucional inovar as razões políticas justificadoras do ato, quando viesse a proferir decisão, cingindo a sua apreciação à análise do comando constitucional prévio, vinculado ao ato político. Logo, o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos políticos seria limitado na e pela Constituição.

É preciso ressaltar, também, que nem todo ato político se reveste das características próprias dos atos passíveis de sofrerem controle de constitucionalidade²⁸⁹. Esse controle se

²⁸⁸ Nos idos de 1990, quando Cristina Queiroz escreveu a obra que se tornou uma consulta obrigatória para a compreensão do problema do controle jurídico do poder, enunciou que não caberia ao Tribunal Constitucional exercer juízo de mérito sobre atos políticos, se e quando esse atos fossem submetidos ao controle de constitucionalidade. Justificou-se ao argumento de que implicaria a subversão aos princípios da separação de poderes e da imparcialidade dos tribunais. QUEIROZ, Cristina. *Actos políticos no Estado de Direito...*, p, 183.

destina aos atos normativos, porque dotados dos requisitos de generalidade e abstração (mesmo que esse conceito seja relativizado).

Inobstante essa limitação decorra de uma seara específica de controle normativo, levado a cabo pelo Poder Judiciário, a não apreciação da constitucionalidade de atos políticos que, embora não tenham característica de norma, venham a surtir efeitos lesivos à ordem do direito, não nos parece, em princípio, que possam escapar às limitações impostas pela própria ordem constitucional.

Ante esta incompatibilidade, a Suprema Corte exerce papel proeminente para efetivar o controle dos atos políticos, independentemente da sanção a que estará sujeito o ato, pois em Estado de Direito não deve existir ato *extra iuris ordinem*.

²⁸⁹ Acerca dos atos passíveis de controle de constitucionalidade, especialmente, as leis de efeitos concretos: “A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. (...) Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública). Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. (...) Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do STF não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. (...) A Corte não pode se furtar à análise do tema posto nesta ação direta. Há uma questão constitucional, de inegável relevância jurídica e política, que deve ser analisada a fundo.” Vide: ADI 4.048 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-5-2008, P, DJE de 22-8-2008. No mesmo sentido, RE 412.921 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-2-2011, 1ª T, DJE de 15-3-2011. No sentido da não apreciação de lei formal, carente de generalidade e abstração, consultar ADI 3.573, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 1º-12-2005, P, DJ de 19-12-2006, assim resumida: “Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração.” Em Portugal, o Tribunal Constitucional adota conceito ‘funcional de lei’ para incluí-lo no rol daqueles atos passíveis de sofrer controle de constitucionalidade. Em sentido oposto, Jorge Miranda se recusa a esse posicionamento, sob o fundamento de que se trataria, em verdade, de atos administrativos sob a forma de lei. Logo, a questão se coloca quanto à natureza normativa desse ato, e não propriamente sobre a sua natureza política. A aprovação de um ato administrativo, revestido sob a forma de lei, representaria uma opção política, de modo que o ato administrativo se convolasse em ato político. O risco apontado por Jorge Miranda refere-se à invasão da função administrativa por órgão incompetente, violadora da divisão funcional de poderes. Entretanto, com a devida vênia, não nos parece que a ‘controlabilidade’ do ato administrativo ‘convolado’ em político, poderia assim ser compreendida. A lei de efeitos concretos não seria em si ato político. Por tal motivo, o não controle jurisdicional seria uma questão de interpretação sobre a forma do ato, sobre o conceito de lei, não sobre a natureza de ato como ato político.

Daí que, para além da precípua incumbência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, há que se reconhecer outras competências próprias ao Tribunal²⁹⁰, que demandam a prestação da tutela jurisdicional efetiva em face de atos políticos, em que se pode citar: julgar mandados de segurança (originários e recursais); julgar *habeas corpus*; julgar mandado de injunção; julgar o recurso extraordinário e a reclamação constitucional.

Cada uma dessas espécies tutela direitos específicos, os quais não de respeitar a forma (o procedimento) constitucional e/ou legal estabelecidas. Portanto, a jurisdição se presta a fazer mais que o controle de atos políticos pela via do controle de constitucionalidade.

As espécies relatadas acima também representam mecanismos de controle e tutela efetiva de direitos, liberdades e garantias. No entanto, a ocorrência de atos políticos, principalmente aqueles atos individuais e de efeitos concretos, exige uma resposta mais assertiva da jurisdição, tendo em conta a força cogente e a instantaneidade dos efeitos advindos das suas práticas.

Nesse raciocínio, cita-se o exemplo do mandado de segurança. Não há surpresa em afirmar que o mandado de segurança é uma ação de natureza constitucional com vistas à proteção de “direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”²⁹¹.

Assim, imagine-se o cenário em que um ato político tenha sido praticado e lesado algum direito de particular, cuja comprovação da lesão demande uma mínima instrução

²⁹⁰ Cfr. A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. Cfr. ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.

²⁹¹ Cfr. CRFB/88, Art. 5º, LXIX.

probatória, a impedir, inclusive, o pedido de concessão de efeito liminar em favor do jurisdicionado impetrante. Sabe-se que um dos requisitos para a impetração do mandamus é a prova pré-constituída do direito líquido e certo. Com isso, muito provavelmente, ele não seria sequer conhecido pelo Poder Judiciário por lhe faltar o requisito processual. Por fim, o impetrante não obteria a prestação da tutela. Qual a alternativa lhe restaria, face à violação do direito decorrente da prática do ato político?

Ora, o uso do mandado de segurança tende a ser utilizada com frequência, em virtude da prioridade e urgência de sua tramitação. O mesmo não se confirma ao se acessar a Justiça por meio de uma ação ordinária, cujos atos processuais tendem a se protrair pelo tempo, em contraposto à necessidade de uma resposta útil célere. Destarte, não há dúvida que a tutela jurisdicional não atingirá o fim desejado, com a efetividade que se procura.

O exemplo trazido tem por objetivo propiciar, de modo incipiente, reflexões no sentido de cotejar as garantias de judiciabilidade, na defesa a violações ou ameaças de violações a direitos, e os mecanismos de controle que se prontificam ao cumprimento processual dessas garantias, à contento.

7. INSINDICABILIDADE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS²⁹²

Cabe rememorar, consoante classificação fornecida por Jorge Miranda, na obra *‘Funções, Órgãos e Actos do Estado’*, que a categoria de atos políticos se insere no gênero atos jurídico-constitucionais. Portanto, em primeira análise, trata-se de atos jurídico-públicos. Sendo assim, impõe-se a seguinte conclusão: os atos políticos, como atos jurídico-públicos que são, não estão isentos de controle constitucional. Dentre uma das vertentes possíveis de controle, poderia-se exemplificar o controle jurisdicional dos atos

²⁹² Ademais, o conceito de ato político é abordado com o objetivo de entendê-lo amplamente, sem diferenciá-lo entre ato e norma da função política. Por essa razão, ressalta-se que a doutrina portuguesa faz distinção entre ato político e norma política, diferenciando-os com base nas características fornecidas pela teoria da norma, cujo caráter abstrato e geral são inerentes à norma, enquanto o ato possuiria caráter individual e concreto e produziria seus efeitos na esfera interna do órgão de onde emanou. MORAIS, Blanco de. *Manual de Direito Constitucional...*, p.32.

políticos. De modo contrário, a não apreciação jurisdicional dos atos políticos configuraria sua insindicabilidade²⁹³.

Nesse diapasão, há quem defenda que o controle direcionado aos atos políticos possa ser realizado apenas sob a forma de um controle político, ao argumento de que os atos políticos, apesar “de serem actos jurídicos passíveis de um juízo de validade ou de invalidade, não são sequer justiciáveis, *passíveis de impugnação contenciosa*, estando submetidos, nesse aspecto, apenas a um controle político feito pelos cidadãos ou por outros órgãos de soberania”²⁹⁴.

Na linha de defesa da insindicabilidade, de um controle apropriadamente político (porque o ato político decorre de uma função estatal autónoma e de carácter primário) Blanco de Moraes afirma, ao se referir às funções legislativa e política *stricto sensu*: “Isto porque, estando ambas sujeitas ao primado da Constituição, verifica-se que o controlo da constitucionalidade abarca todas as leis, mas já não os actos políticos, os quais, ressalvados os poucos casos de inexistência fixados pela própria Constituição, não são sujeitos à fiscalização e podem produzir seus efeitos jurídicos, mesmo que inconstitucionais”²⁹⁵.

Capta-se a partir do pensamento de Blanco de Moraes que há, sim, a defesa de um campo de não jurisdicionalidade dos atos políticos. No entanto, quanto à quantidade de atos de governo (atos políticos) na Constituição portuguesa, ficou demonstrado por meio de uma classificação recente, ‘revisitada’, que o elenco dessa modalidade de atos não seria tão pequeno assim. Desse modo, assumindo o ônus de uma interpretação equivocada, parece-nos que o autor reconhece uma esfera restrita, onde seriam tratadas as questões de altíssima repercussão política (dotadas de alta politicidade)²⁹⁶, de tal modo que, em função desse elevado conteúdo político primário, poderiam ser proferidos atos que, inclusive, contrariassem a própria Constituição [contrárias, porém inofensivas (v.g. *soft law*) ou contrárias e ofensivas)].

²⁹³ O termo *Insindicabilidade* aqui se emprega como sinónimo de: não judiciabilidade (*nonjusticiable*), injudiciabilidade, não apreciação jurisdicional e insindicabilidade contenciosa.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*. Vol. 1. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 65.

²⁹⁵ MORAIS, Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*..., p.31.

²⁹⁶ O que a doutrina e as Constituições brasileiras denominaram como “questões exclusivamente políticas”.

Outro argumento em prol da insindicabilidade dos atos políticos reside em uma auto-contenção dos centros de poder, justificada pela manutenção harmônica e respeito à separação de poderes. Em parte, assiste razão ao argumento imputado, uma vez que o princípio da separação de poderes impõe a compreensão e estipula a própria forma de ser do Estado, quando os órgãos de soberania e os sujeitos competentes a eles vinculados executam as competências constitucionalmente atribuídas.

Visto por um ângulo distinto, a insindicabilidade decorreria da conceituação do ato político pela sua negativa, de tal modo que “Sabemos, antes do mais, o que é que o acto da função política é pela determinação daquilo que ele não é; acedemos também à compreensão da sua ‘natureza’ pela verificação da sua não-sindicabilidade por parte do poder judicial”. Com efeito, é ‘acto da função política’ todo aquele que não sendo nem lei, nem acto da Administração (nem sentença judicial) não puder ser sindicado nem pelo juiz constitucional nem pelo juiz administrativo²⁹⁷.

Impende força à tese da insindicabilidade a afirmação de que o cumprimento satisfatório da Constituição não se realizaria apenas pelo exercício da função jurisdicional, ao fundamento de que o próprio modelo das estruturas de poder é o mecanismo de partilha e controle apto a exercer, também, a garantia da constituição.

Ademais, a ingerência do poder judicial, caso competente para sindicat os atos políticos emanados do Parlamento, acarretaria uma relevante alteração na dinâmica do sistema político, cuja interferência fragilizaria o princípio da separação interdependente dos poderes. Desse modo, a manutenção de áreas de atuação política desprovidas de controle judicial seria uma opção intencionada da Constituição²⁹⁸.

²⁹⁷ AMARAL, Maria Lúcia. *Responsabilidade por danos decorrentes da função política e legislativa*. In: Cadernos de Justiça Administrativa. N. 40. Julho-Agosto de 2003, p. 40

²⁹⁸ No ordenamento brasileiro, por vezes a Suprema Corte exime-se de exercer a sindicabilidade de atos políticos, dentre os quais os chamados *interna corporis acta*. Cfr. “(...) o Plenário do STF tem reiteradamente advertido que atos emanados dos órgãos de direção das Casas do Congresso Nacional, quando praticados nos estritos limites da competência da autoridade apontada como coatora e desde que apoiados em fundamentos exclusivamente regimentais, sem qualquer conotação de índole jurídico-constitucional, revelam-se imunes ao *judicial review*, pois - não custa enfatizar - a interpretação incidente sobre normas de índole meramente regimental, por qualificar-se como típica matéria *interna corporis*, suscita questão que se deve resolver, “exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário” (...). MS 25.579 MC, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa, j. 19-10-2005, P, DJ de 24-8-2007 e MS 23.920 MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 28-3-2001, DJ de 3-4-2001.

Nesta senda, é preciso dizer, com esteio na opinião de Jorge Miranda, que “quaisquer atos políticos estão sujeitos a controlo político: os atos políticos de um órgão por outro órgão, à luz do princípio da interdependência dos poderes do Estado (arts. 2º e 111º, nº 1), e a Assembleia da República possui uma competência genérica de vigilância pelo cumprimento da Constituição. [art. 162º, alínea a]”. Continua o autor a afirmar que a “Assembleia não pode, contudo, anular ou declarar inconstitucional nenhum ato político (ou legislativo ou administrativo). Apenas os pode discutir, devendo o debate, com ou sem caráter tribuniício, ser suficiente ou relevante, em regime democrático pluralista e, quando se trate de atos do Governo, traduzir-se na efetivação de sua responsabilidade política (art. 192º, 193º e 194º)”²⁹⁹. Essa forma de controle respeita, fundamentalmente, o jogo político constitucionalmente estipulado. É o ambiente, por excelência, da exteriorização do político, das tensões e conformações do poder político popular.

Ainda na defesa de mecanismos de controle alheio aos jurisdicionais, cita-se o exemplo do controle político de atos políticos normativos. A despeito da previsão não decorrer da Constituição, mas de norma regimental³⁰⁰, atribui-se ao Presidente da Assembleia da República o exercício do controle de constitucionalidade prévio dos projetos e propostas de lei e às propostas de alteração.

Nessa mesma linha, a atuação das Comissões Parlamentares temáticas, no curso do processo legislativo, especialmente àquelas voltadas à averiguação da juridicidade, constitucionalidade e legalidade de proposições normativas (v.g. *Comissões de Constituição e Justiça*), surgem também como uma modalidade preliminar de controle da constitucionalidade por via eminentemente parlamentar.

Todavia, as hipóteses de controle prévio expostas não excluem à posterior análise das proposições legislativas convoladas em atos normativos, pelo Judiciário.

Por derradeiro, vê-se que a insindiciabilidade dos atos políticos persiste como uma realidade dos Estados, às vezes salvaguardada constitucional ou legalmente, às vezes em decorrência da atividade jurisdicional.

²⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos...*, p. 494.

³⁰⁰ Cfr. Regimento Interno da Assembleia da República: Art. 120º. nº 1: Não são admitidos projetos e propostas de lei ou propostas de alteração que: a) Infrinjam a Constituição ou os princípios nela consignados;(...). Disponível em: file:///C:/Users/m1387554/Downloads/RegimentoAR_Simples.pdf.

8. OS LIMITES JURÍDICOS DOS ATOS POLÍTICOS: síntese

Por tudo quanto fora exposto, compreende-se que os limites jurídicos não são necessariamente limites derivados apenas da atuação jurisdicional, pois essa seria uma interpretação reducionista do conceito de Direito, como se o Direito fosse refém da manifestação jurisdicional.

Não é isso que se aponta. Faz-se, de outra forma, a ressalva de que as limitações jurídicas dos atos políticos resultam do preenchimento integral dos seus requisitos de validade, além do respeito evidente à toda a ordem jurídica estatuída, cujo expoente de referência reside na Constituição, nela consagrado o Estado democrático de direito.

Dá ser possível defender que, mesmo quando a jurisdição não seja provocada, o Direito há de ser capaz de ofertar respostas no que concerne à imposição de limites jurídicos aos atos políticos³⁰¹.

Ao retomar o pensamento de Maria Lúcia Amaral, quanto à realidade portuguesa, fica claro que os sistemas de controle não se restringem àqueles próprios da função jurisdicional, ou, mais especificamente, à justiça constitucional. Ora, nenhum ato jurídico pode ser praticado no âmbito de uma dada ordem jurídica, sem que esteja passível de algum mecanismo de controle e limitação.

Aceitar o argumento inverso seria conferir a uma modalidade específica de atos, em função da sua impossibilidade de apreciação jurisdicional, um *status* superior à própria norma que o fundamenta, qual seja a Constituição. Em certa maneira, algo paradoxal, pois como é que se conceberia um ato jurídico-público-constitucional, cuja prática não pudesse ser coibida por ela mesma? Qual a motivação jurídica justificaria um tratamento extrajurídico à esse ato? Pensa-se que nenhum ato praticado dentro do direito, pode ser furtrar ao seu controle, sendo, em sentido básico, o seu próprio limite.

³⁰¹ Cfr. PORRAS NADALES, Antonio Joaquin. *Actos políticos y función de Dirección Política*. In: Anuario de derecho constitucional y parlamentario. Nº 3. 1991, p.144. Consoante Porras Nadales, “*Bien entendido que no se trata tanto de un problema processual de fondo: es decir, que no es posible entrar a plantear la existencia de actos políticos extentos del control por la eventual inexistencia de normas procesuales que atribuyan a un órgano judicial específico (...) el conocimiento sobre este tipo de actuaciones.*”.

Em um Estado democrático de Direito, como se tem preconizado, torna-se imperioso garantir à ordem coletiva, à Constituição, que o controle dos atos políticos seja cada vez maior e melhor delimitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassadas todas as fases antecedentes e levando em consideração tudo que fora explanado neste estudo investigativo, importa, nesse instante, expor algumas considerações, à guisa de conclusão, conforme a seguir:

A primeira conclusão reside em conceber, no mundo jurídico, a categoria de atos políticos como uma categoria autônoma, capaz de, ainda que pela via da negativa, conseguir-se apreender o seu significado, sentido e alcance.

O enfoque pelo qual se deu a abordagem perpassa, historicamente, por diversos paradigmas de Estado e, por isso, um mesmo instituto acaba por ter interpretações conceituais diversas, em razão, dentre outros fatores, do modelo ideológico de Estado adotado.

O instrumento de agregação de ideais de uma dada comunidade política, sediada em determinado território, advém da sua Constituição que é a incorporação do político e sua posterior juridicização, no seu momento fundante. Mas, não só. As questões políticas não se encerram no momento inaugural da Constituição, perpetuando por todo o tempo em que ela permaneça como comando normativo hierárquico superior de regência de determinado Estado.

Entretanto, nem sempre foi essa a relação que pautou o Direito e a Política, mesmo quando já historicamente se vivia sob a égide do Direito. Pode-se afirmar isto, com base no cenário em que a problemática dos atos políticos tomou forma.

A sua origem remonta ao século XVIII, momento em que o *Conseil d'État* francês, em virtude de um alargamento da sua jurisdição administrativa em face do Poder Executivo, e às pressões advindas desse, acabou por conceder a determinados atos a impossibilidade de sua sindicabilidade contenciosa. No momento inicial, as razões do ato proferido, quando dotadas de uma causa política, a que se denominou *mobile politique*, bastaram para afastar qualquer forma de controle jurisdicional. Num segundo momento, a jurisprudência do Conselho de Estado elegeu atos, os quais não seriam sindicáveis.

A partir da matriz francesa, outros Estados passaram a formular ou apreciar, a depender de cada caso, o instituto dos atos políticos e com ele os estudiosos formularam doutrinas dos atos políticos. Em Portugal, os reflexos da experiência francesa se fizeram sentir sobremaneira, de tal modo que os atos políticos também ficaram excluídos da sindicabilidade contenciosa da jurisdição administrativa. No caso estadunidense, a apreensão das questões políticas também gerou uma não apreciação judicial (*self restraint*), tendo por *leading case* o clássico precedente *Marbury x Madison*, em 1803. Nos Estados Unidos da América, a *political question doctrine* resulta da atuação jurisprudencial da *Supreme Court* que, a partir da análise em concreto, opta por exercer ou não o *judicial review*.

A despeito de modelos distintos, o presente estudo se apoiou no referencial português, que reconhece o ato político como aquele ato praticado no exercício da função política. Logo, torna-se necessário esclarecer dois pontos. O primeiro deles se funda no reconhecimento da função política como uma das funções de poder do Estado, dotada de autonomia. Caracteriza-se pelo caráter livre e primário de suas decisões, atribuindo-se a elas um elemento inovador, cuja finalidade específica se assenta na definição e prossecução do interesse geral da coletividade. O segundo ponto, diz respeito à relação causal que vigora entre função política e ato político. A qualificação como ato político acaba por depender, sempre, da constatação de que ele tenha sido praticado no âmbito da função política. Esse raciocínio tautológico, até o momento, parece insuperável, a pretexto de se preservar o critério que tem sido utilizado, uniformemente, para sua identificação, qual seja: havendo função política, o ato praticado em seus contornos será um ato político.

Sendo assim, embora a função política apareça como critério de unificação, ela mesma não contém uma conceituação satisfatória. Ao que tudo indica, isso decorre do elemento político que lhe é ínsito. Logo, a compreensão da função política será cada vez mais apreensível, quanto mais se conheça a disposição constitucional da organização, estrutura e competências dos poderes de determinado Estado.

A vivência dinâmica da Constituição implica, nesta senda, uma visão atualizada da doutrina da separação de poderes, a superar qualquer ideia que revolva à clássica concepção montesquiana, amparada no formal modelo tripartite. Adota-se, como demonstrado, uma leitura funcional de interdependência de esferas de poder, em que cada

um deles se volta para a concretização de atividades típicas sem deixar de lado o interrelacionamento com os demais centros de poder.

Em busca de uma interrelação possível, buscou-se no direito português os contributos basilares acerca dos atos praticados na função política, especialmente a classificação de Jorge Miranda, a fim de traçar alguma correspondência com o sistema jurídico brasileiro.

Concluiu-se que os atos políticos brasileiros, nos termos deste trabalho, representam uma preocupação ínfima por parte da comunidade jurídica nacional, sendo possível constatar também que a doutrina administrativista brasileira referencia as construções científicas da doutrina administrativista europeia, mesmo que no Brasil não se adote a jurisdição administrativa. Com isso, são os juristas enfocados no direito administrativo que se ocupam, mesmo que em pequena monta, de efetuar a distinção entre função de governo (função política) e função administrativa, reconhecendo como atos de governo aqueles ligados à função de governo. A doutrina constitucionalista silencia, de modo geral, sobre a distinção dessas funções e mais ainda, sobre o estudo aprofundado dos atos políticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu turno, estipulou várias atribuições aos órgãos de soberania, donde se extraem vários atos categorizáveis como atos políticos, nos termos da adotada classificação de Jorge Miranda. Variam quanto ao grau de liberdade de decisão política, indo de atos individuais e de efeitos concretos a atos normativos, dotados de generalidade e abstração.

O estudo esparso e incipiente da doutrina brasileira demandou uma análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa análise, foi possível verificar que a mais alta corte brasileira não contém uma jurisprudência abrangente e uniformizadora sobre atos políticos. Além disso, os julgados mencionados foram capazes de refletir a variação quanto ao reconhecimento dos atos políticos, assim como casos em que, para atos políticos idênticos atribuiu-se regimes jurídicos distintos.

No entanto, a despeito de inexistir uma padronização dos atos políticos, no cenário brasileiro, conclui-se pela inadmissão de atos *extra iuris ordinem*, pois essa compreensão afronta diretamente o Estado democrático de direito.

Tanto assim que as garantias do Estado democrático de direito, bem como o princípio da supremacia da Constituição figuram como substrato para a atuação do intérprete do direito, de modo que os atos jurídico-públicos devam fiel observância à Constituição.

Quanto à validade dos atos políticos, há que se ter em conta a vinculação direta às normas de direitos, liberdades e garantias, dotadas de aplicabilidade imediata, através das quais será possível antever a conformidade do ato político praticado com a ordem jurídica estabelecida.

Em havendo violação de normas dessa natureza ou qualquer lesão ou ameaça a direitos, caberá ao Poder Judiciário, em virtude do princípio da inafastabilidade de jurisdição, conhecer da questão e prestar a tutela jurisdicional efetiva. Afasta-se assim, a noção de não judiciabilidade de atos praticados no exercício da função política.

Entrementes, também foi possível averiguar que o controle jurisdicional dos atos políticos não se limita ao controle de constitucionalidade. Tem-se procedimentos diversos, constitucional ou legalmente previstos, que se voltam à tutela de direitos específicos. Nada impede, entretanto, que alguns direitos fiquem tolhidos pela ausência de regras processuais bem definidas ou incapazes de ofertar a melhor resposta ao pleito do jurisdicionado, revelando, assim, um deficit processual.

Para além do controle jurisdicional dos atos políticos, reconhecem-se outras formas de controle, como é o caso do controle político decorrente de um órgão de soberania sobre outro, da atuação de comissões parlamentares ou mesmo em decorrência da relação democrático pluralista no Parlamento.

Tudo isto, para ao fim e ao cabo, afirmar que não há no Brasil, ao menos até o presente momento, uma teoria do ato político capaz de servir a si mesma. Não existem contornos bem definidos, não há uma regra de responsabilização específica, não há sequer unanimidade na eleição dos atos políticos.

Independentemente disso, insta afirmar que não tem sido a natureza do ato que tem pautado a fundamentação da tutela jurisdicional empreendida pelo Supremo Tribunal

Federal, mas sim a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, seja qual for sua natureza.

Por tal motivo, a análise dos atos políticos quase sempre apenas tangencia a preocupação do julgador, a não ser nos casos em que o julgador se convença de que determinado ato (político) não deve ser apreciado sob o prisma jurisdicional, ocasião em que o qualificará como ato político.

Fica claro, ao final, que toda forma de não apreciação de lesão ou ameaça a direito representa uma ofensa ao Estado de Direito, ao Estado democrático de Direito, sendo esse, a um só tempo, fundamento e limite dos atos políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

PORTUGAL. Acórdão Supremo Tribunal Administrativo de 12 de janeiro de 1998, publicado em Acórdãos doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, a.38 n.456 (Dez. 1999), p.1505-1511.

ACKERMAN, Bruce. *Good bye Montesquieu*. In: RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

_____. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. V. 113. 2000, p. 716-721.

ALEXANDRINO, José de Melo. *O papel dos tribunais na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos*. In: O discurso dos direitos. Coimbra: 2011, p. 357-378.

ALMEIDA, Fernanda Dias. *Competências na constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas.

ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*, In: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed., Vol. .I. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. Vol. IV. 1988.

AMARAL, Diogo de; OTERO, Paulo. *O valor jurídico-político da referenda ministerial*. In: Revista da Ordem dos Advogados. Ano 56. I. Jan 1996.

AMARAL, Maria Lúcia do. *Responsabilidade por danos decorrentes da função política e legislativa*. In: Cadernos de Justiça Administrativa. N. 40. Julho-Agosto de 2003, p.39-45.

AMARAL SANTOS, Aricê Moacyr. *Função Administrativa*. RDP nº 89, p. 165-185.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Editora Almedina, 1994.

BAGEHOT, Walter. *La Constitución inglesa*. México: Unam, 2005.

BARKOW, Rachel E. *The Rise and Fall of the Political Questions Doctrine*. In: MOURTADA-SABBAH, Nada and Bruce E. Cain. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lexington Books. 2007, p. 24.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 163-166.

BERCOVICI, Gustavo. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: LUANOVA. N.º 61/2004.

BEYME, Klaus von. *Parliamentary Democracy - Democratization, Destabilization, Reconsolidation*. p. 4-37; 198-210 e 1789-1999.

BITTENCOURT, Juliana Castilho. *A RESPONSABILIDADE POLÍTICA OBJECTIVA DOS AGENTES POLÍTICOS: um enfoque crítico às consequências de sua inimputação no cenário político brasileiro*. Vol. I. Prof.: Paulo Otero. Relatório 2005/2006.

BRITO, Miguel Nogueira de. *O político e o normativo*. In: Cadernos de Justiça Administrativa. N.90. Braga: Nov/Dez 2011, p.33-44.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CAETANO, MARCELO. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. 10. ed., 4ª reimpressão. Coimbra, 1991.

CALDEIRA, Marco. *Actos políticos, direitos fundamentais e constituição*. Lisboa: AAFDL, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, Jose Luis. *La doctrina del acto político*. In: Revista de Administración Pública. N. 53. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, mayo-agosto, 1967.

CAUPERS, João. *Atos políticos: Contributo para sua delimitação*. In: Caderno de Justiça Administrativa. N.98. Março-abril 2013.

_____. *De volta a uma fronteira turbulenta - atos administrativos e atos políticos: Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2º Juízo) de 7.2.2013*, P. 5849/10. In: Caderno de Justiça Administrativa. N. 99. Maio-junho 2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

COLLIARD, Jean-Claude. *El poder en el semipresidencialismo*. Cuestiones Constitucionales. N. 20. Enero-junio 2009.

CONDE, Enrique Alvarez; ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. *Autonomia Parlamentaria y jurisprudencia constitucional*. In: Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornada de La Asociación Española de Letrados de Parlamentos.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de direito administrativo*. Vol. I. Danúbio: Lda. Lisboa, 1992.

CORREIA, Sérvulo. *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 1155-1187.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Sirey, 1935.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª Edición Española. Barcelona: Editorial Ariel.1970.

DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e Democracia*. Trad. Emilio P. N. Meyer. *European Journal of Philosophy*, 3:1, 1995, p. 2-11.

ELHAUGE, Einer, *Why Ted Cruz Is Not a Natural Born Citizen Eligible to Be President and Why the Issue Is Not a Political Question* (March 16, 2016). Harvard Public Law Working Paper No. 16-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2748863>.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo* (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). In *Revista de Administración Pública*. N.º 38. Mayo/Agosto, 1962.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense. 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A organização do Estado brasileiro e as tendências do federalismo: simetria e assimetria*. In: *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 1969.

FREITAS, Juarez. *O controle dos actos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed., actual., ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. *A Sindicabilidade dos Actos Parlamentares: Sofisma ou realidade?* Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

_____. *O controlo judicial dos actos parlamentares*. Lisboa, 2000.

GODOY, Arnaldo. *O presidencialismo brasileiro: síntese histórica e conceitual*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2. N.º 12. 2013

GOMES, Carla Amado. *A responsabilidade civil do Estado por actos materialmente administrativos praticados no âmbito da função jurisdicional no quadro da Lei N.67/2007*. In: Revista "O direito". Ano141. N.4. 2009, p. 801-813.

JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. reimpr. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed., rev., atual., ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LAMOUNIER, Bolivar. “*Brazil: Toward Parliamentarism*”, In: LINZ, Juan ; VALENZUELA, Arturo (eds.). RUIZ, José Fernando Flórez. *Parlamentarismo frente a presidencialismo*. p. 135-158, p 143.

LEONCY, Leo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade estadual – As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LESTON-BANDEIRA, Cristina. *O parlamento português: uma reforma necessária*. 2002, 189 p.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución*. In: *Revista de Administración Pública*. N. 100-102. Enero-diciembre, 1983.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Richard Ashcraft, ed. Londres; Boston: Allen & Unwin, 1987.

LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Editora Almedina.

LOPES, Macyr. *A sindicância constitucional dos actos políticos: admissibilidade constitucional e sua concretização no sistema de fiscalização da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

MALTEZ, José Adelino. *Metodologias da Ciência Política: o Estado à procura do político*. Lisboa : ISCSP, 2007, 624 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) et al. *Impeachment: instrumento da democracia*. São Paulo: Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002 – 2010*. 1. ed. 2ª tiragem. Editora Saraiva.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 232 e ss.

MIRANDA, Jorge. *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa, 1990.

_____. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. *Revisitando os atos de governo*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. 2. Coimbra, 2012, p. 469-501.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 2.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAIS, Blanco de. *As metamorfoses do semipresidencialismo português*. In: Revista Jurídica. Nova Série N.22. Lisboa: Mar.1998, p.141-160.

_____. *Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*. Vol. I. 2. ed. 2006.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *O direito do contencioso contratual*. Vol. II. 2. ed. 2011.

_____. *Parte III da Constituição da República: Semipresidencialismo “on probation”?* In: A Constituição Revista (e-book). José A Tavares et al. Abril 2011. Disponível em:

<https://www.ffms.pt/FileDownload/f5364903-05f6-48b0-8085-406278391860/a-constituicao-revista> . p. 65-71.

_____. *Quando pode o Presidente da Republica nomear um governo de iniciativa presidencial?* In: *Direito & política*. N. 2. Loures, jan-mar 2013, p. 96-99.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Novas Funções Constitucionais no Estado Democrático de Direito: Um estudo de caso no Brasil*. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. I: *Direito Constitucional e Justiça Constitucional*.

MORTATI, Constantino. *Parlamento i Democrazia*. N.11. Da Sudium, 1948, p. 507-516.

MOURTADA-SABBAH, Nada and Bruce E. Cain. *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*. Lexington Books. 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

NOHLEN, Dieter. *El presidencialismo comparado*. In: *Revista Instituto de Altos Estudos Europeos*. N.1. p. 7. Disponível em: <http://www.iaee.eu/riaee/num1/riaee1art1.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. O Sistema Semipresidencial Português - Semipresidencialismo Volume II. Coimbra: Editora Almedina, 2010, 464p.

_____. Semipresidencialismo Volume I - Teoria do Sistema de Governo Semipresidencial. Coimbra: Editora Almedina, 2007. 293p.

_____. *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Editora Lex, 1997.

NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança*. 6. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; MACHADO, Felipe. (coords). *Constituição e Processo: Entre o direito e a política*. Editora Fórum, 2011, 324p.

OLIVEIRA, Mário Esteves; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados*. Vol. 1. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014.

OTERO, Paulo. *A dimensão política da Administração política da Administração Pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. IV. Coimbra, 2012, p. 713-734.

_____. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

PIÇARRA, Nuno. *O princípio da separação de poderes e os limites da competência do Parlamento face ao Governo na jurisprudência constitucional portuguesa*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. III. Coimbra, 2012, p. 33-60.

Political Questions, Public Rights and Sovereign Immunity. Vol. 130:723. Harvard Law Review, 2016.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. *Fiscalização da constitucionalidade de atos políticos*. Relatório (Mestrado em Direito Constitucional). Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa: 2003. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. III. Coimbra, 2012, p.33-60.

PORRAS NADALES, Antonio Joaquin. *Actos políticos y función de Dirección Política*. In: Anuario de derecho constitucional y parlamentario. Nº 3. 1991.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Actos políticos no Estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Editora Almedina, 1990.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de governo e contencioso de anulação*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. XLV. Coimbra, 1969.

_____. *A função administrativa*. In: Revista de Direito e Estudos Sociais, 1977.

_____. *Teoria dos Actos de Governo*. In: Estudos de Direito Público. Vol. I. Coimbra, 1989.

SALDANHA, Alcides. *Parlamentarismo e outros sistemas de governo*. Porto Alegre: AGE Editora, 1993.

SALGADO, Karine. *História do Estado de Direito*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Vol. 71. N. 2. Ano XXVII. Abril/ maio/ junho de 2009. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/449.pdf>

SANTOS, Adairson Alves dos. *O Estado democrático de Direito*. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143

SCHAFER, Jairo Gilberto. *O Problema da Fiscalização da Constitucionalidade dos Atos Políticos em Geral*. Revista Interesse Público. N. 35. Belo Horizonte, Janeiro de 2006.

SCHNEIDER, Hans Peter. *“La Constitución – Función y Estructura” in Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SHUGART, Matthew S.; CAREY, John. *Presidents and Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *El sistema presidencial en los regimes federales*. In: *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. 1. ed. UNAM. 2009.

_____. *Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição Brasileira tem um sistema de reserva legal?*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*

SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. Editora Atlas, 2008.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlântida Editorial, 1969, p. 22-25.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de Direito Administrativo*. Vol. I. Lisboa: Editora Lex, 1999.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 3 ed. Aspen Law e Business, 1996.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2005. 271 p.

VALLADÃO, Haroldo. *A Naturalização no Direito Brasileiro*. In: Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Ano XVII. N. 71. Rio de Janeiro, 1959.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. *A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento*. In: Revista da EMERJ; Vol. 13. N.º 51, 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54243/relevancia_funcao_jurisdicional_vieira.pdf.

VIRALLY, Michel. *L'introuvable acte de gouvernement*. In: Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. 58 année. 1952.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33 MC. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=33&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.079. Relator Ministro Maurício Corrêa. Diário de Justiça 18 de junho de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.192. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça 18 de junho de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 25 de agosto de 2005. Diário de Justiça Eletrônico 20 de agosto de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.573. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 01 de dezembro de 2005. Diário de Justiça 19 de dezembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 de maio de 2008. Diário de Justiça Eletrônico 22 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 412.921. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Diário de Justiça Eletrônico 15 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 49.412. Relator Ministro Thompson Flores. Distrito Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.851. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 25 de outubro de 1995. *Diário de Justiça Eletrônico* de 28 de novembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.269. Relatora Ministra **Cármem Lúcia**. Julgamento 03 de agosto de 2010. 1ª Turma. *Diário de Justiça Eletrônico* de 20 de ago de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101.528. Relator Ministro Dias Tófolli. Julgamento 09 de dezembro de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico* de 22 de março de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1959. Distrito Federal. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1959&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.140. Relator Ministro Luiz Gallotti. Julgamento em 10 de junho de 1963. Mato Grosso. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1959&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 1.423. Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82005>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 745.811. Relator Ministro Gilmar Mendes. Pará. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINC%CDPIO+PROX3+SIMETRIA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jwyea4v>.